creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학전문석사 학위논문

이해관계 없는 제3자 변제의 요건과 구상관계에 관한 연구

2023년 2월

서울대학교 법학전문대학원

법 학 과

박 재 경

이해관계 없는 제3자 변제의 요건과 구상관계에 관한 연구

지도교수 권 영 준

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함
2022년 11월

서울대학교 법학전문대학원
법 학 과
박 재 경

박재경의 법학전문석사 학위논문을 인준함
2023년 1월

위 원 장 최 봉 경 (인)

부위원장 김 형 석 (인)

위 원 권 영 준 (인)

국문초록

우리 민법 제469조 제2항은 “이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.”라고 선언하는바, 종래 학설과 판례는 여기서의 “이해관계”의 의미를 가리는 데 집중하여 왔다. 그러나 본고는 이러한 해석론적 논의를 초월하여, ‘채무자의 의사에 반하는 이해관계 없는 제3자의 변제는 과연 제한되어야 하는가’라는 보다 근본적인 입법론적 의문에서 출발한다.

민법 제469조 제2항의 취지에 관하여 학설들은 과거 메이지 민법 제정 당시 제474조에 관한 일본 학자들의 해설을 차용하여, 채무자에게 원치 않는 은혜를 강요할 수 없고, 이를 허용할 경우 채무자를 가혹한 구상에 노출시킬 위험이 있음을 든다. 이는 채무인수에 관한 제453조 제2항, 채무자변경으로 인한 경개에 관한 제501조 단서에서도 공통적으로 나타나는 설명이다. 그러나 이러한 입법목적은 구시대의 봉건적 사고관념에 터잡은 것으로서 그 실체가 없거나 다른 방법으로도 충분히 달성할 수 있고, 오히려 제469조 제2항 소정의 제한이 채권자와 이해관계 없는 제3자의 일방적 희생을 강요함으로 말미암은 손해가 훨씬 크다. 비교법적으로도 이러한 입법례는 극히 드문 사례에 속하며, 대다수의 국가들은 채권자와 채무자가 모두 반대한 때에 한하여 이해관계 없는 제3자 변제를 금지할 수 있도록 규정하고 있다.

이러한 문제의식에 터잡아 본고는 다음과 같이 민법 제469조

제2항으로 인한 문제점을 살피고, 사후구상의 문제와의 관계 속에서 제3자 변제 제도가 나아가야 할 바람직한 방향을 모색한다.

본격적인 논의를 시작하기에 앞서, 제2장에서는 그에 필요한 일반론으로서 이해관계 없는 제3자 변제와 임의대위에 관한 현행 민법 규정의 해석론을 개관한다. 우선 국내외 판례를 중심으로 채권양도, 채무인수, 이행인수, 착오에 의한 비채변제 등 하위·유사개념들을 비교·대조함으로써 "제3자"의 범위를 명확히 한다. "변제"와 관련하여는 독일, 프랑스, 일본에서의 논의를 중점적으로 살펴, 그 법적 성질이 준법률행위이고, 누구든지 변제의 주체가 될 수 있다는 원칙을 확인한다. 그리고 이에 터잡아 현행 제3자 변제의 제한요건으로서의 "채무의 성질", "이해관계", "변제할 정당한 이익", "제3자"의 정확한 뜻을 학설·판례를 통하여 가리고, 위 각 개념의 의미가 대단히 불명확하여 실무에서도 이로 인한 혼돈이 발생하고 있음을 상기한다.

제3장에서는 현행 제3자 변제 제도가 단순히 혼란을 초래하는 것을 넘어, 법이념적으로 부당하고 법정책적·법경제학적 폐해가 상당함을 논증한다. 먼저 현행 민법 제469조와 제480조가 별다른 고민 없이 과거 메이지 민법 제474조와 제499조의 문언을 그대로 옮겨온 것이라는 점에 착안하여, 보아소나드 민법과 메이지 민법 제정 당시 일본에서 전개된 논의를 살핀다. 이를 바탕으로 이해관계 없는 제3자 변제를 제한하는 취지를 ① 채무자 보호와 ② 채권자·거래안전 보호의 양대 축으로 대별하고, 그러한 입법 취지가 부당하거나 다른 제도를 통하여도 이미 충분히 구현되고 있으며,

오히려 제469조로 인해 채권자와 제3자, 거래안전이 막대한 손해를 입어 사회 전체의 효용도 감소함을 밝힌다. 그 과정에서 역사적·체계적 해석방법론은 물론, 세계 각국의 13개 입법례와 제·개정사에 대한 심도 있는 비교법적 검토를 통하여, 현행 민법 제469조와 제480조의 태도가 국제적 관점에서 볼 때 보편성을 상실한 규정이라는 점 또한 도출한다.

제4장에서는, 그렇다면 구체적으로 어떠한 방식과 정도로 이해관계 없는 제3자 변제의 요건을 완화할 것인지를 검토한다. 이는 필연적으로 제3자 변제에 따른 구상관계의 쟁점을 포함한다. 이해관계 없는 제3자 변제가 이루어질 경우 변제자인 제3자가 채무자에게 구상을 한다면 그 근거를 사무관리·준사무관리·구상부당이득 중 어디에서 찾을 것인지, 구상이 가능하다면 그에 따른 변제자대위를 어떠한 방식과 어느 정도로 허용하여야 하는지를 민법의 일반원칙에 비추어 되돌아본다. 그 과정에서 2000년대 있었던 한국과 일본에서의 관련된 개정논의 및 개정안을 참고한다.

① 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하지만 채무자를 위하여 변제한 경우, 제3자로서는 타인사무관리의사가 있는 것이 되어 민법 제739조 제3항에 의하여 현존이익의 한도 내에서 이익을 얻은 채무자에게 부당이득의 반환을 청구할 수 있을 뿐이다. ② 제3자가 채무자의 의사에 반하여 채무자가 아닌 자기 자신을 위하여 변제한 경우, 채무자는 강요된 구상부당이득 사안에서의 선의(善意)의 수익자로서 현존이익의 한도 내에서만 반환의무를 부담하며, 민법 제451조 제2항을 유추적용하여 임의대위의 통지 시

까지 발생한 사유로써 채권양수인 유사의 지위에 있는 제3자에게 대항할 수 있다. 이처럼 제3자는 채무자를 상대로 '구상'은 할 수 있을지언정 '가혹한 구상'은 불가한 이상, 이러한 위험을 감수하면서까지 이해관계 없는 제3자가 변제를 강행할 가능성은 크지 않다. 민법 제469조 제2항을 삭제할 시 그로 인한 부작용이 기우(杞憂)에 그치는 이유이다.

다만 임의대위의 요건 및 효과에 관한 제480조는 현행대로 유지하여야 한다. 기존 학계에서 제시된 개정안들은 이해관계 없는 제3자가 채무자의 반대에도 불구하고 변제를 강행할 경우, 구상권은 부여하되 임의대위는 금지하는 방향으로 법개정을 시도하였다. 그러나 이러한 방향에는 동의할 수 없다. 임의대위가 불가능하다면 이해관계 없는 제3자의 변제가 도리어 위축될 우려가 크고, 법에 능숙한 전문가들만이 채권양도 또는 주채무자의 의사에 반하는 보증계약의 방식을 통하여 효과적인 구상이 가능할 것이며, 제3자의 변제 자체가 무효로 밝혀질 경우 법적 안정성 측면에서 커다란 혼란이 초래될 것이기 때문이다. 다른 한편으로 임의대위의 요건을 완화하는 것 또한 반대한다. 제469조 제2항의 삭제로 이해관계 없는 제3자의 변제를 사실상 전면적으로 허용하게 되면 채권자나 채무자는 변제 단계에서 전혀 개입할 여지가 없어지는바, 적어도 임의대위 단계에서라도 채권자의 의사적 관여를 보장할 필요가 있기 때문이다. 이러한 점을 종합하여 본고는 현행 민법 제469조 제2항은 삭제하되 제480조는 유지할 것을 제안한다.

제469조의 규정은 1896년 일본 민법 제474조로 도입된 이래

100년이 넘도록 우리 민법전에서 존속하고 있다. 이는 우리 국민의 법감정의 견지에 비추어 볼 때 결코 바람직하다고 할 수 없음은 물론, 현대사회의 거래현실에도 부합하지 아니하는 심각한 입법지체라는 비판을 면할 수 없다.

본고의 개정안이 관련 논의의 촉매제가 되기를 기대한다.

주요어 : 제3자 변제, 이해관계, 구상권, 임의대위, 사무관리, 구상부당이득, 민법 제469조, 민법 제480조

학 번 : 2020-29841

목 차

국문초록 ····· **i**

제1장 서론 ····· **1**
제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 개요 ····· 4
제3절 연구의 방법 및 범위 ····· 6
제4절 선행연구의 검토 ····· 7

제2장 이해관계 없는 제3자 변제 일반론 ····· **10**
제1절 제3자 변제 일반론 ····· 10
I. “제3자” 요건에 관하여 ····· 10
1. “제3자”에 해당하지 아니하는 경우 ····· 10
가. 대리인·대표자·이행대행자·이행보조자 ····· 10
나. 채권양도에서의 채무자 ····· 11
다. 채무인수인 ····· 12
라. 연대채무자·보증인 ····· 12
마. 보전소송 등에서의 제3채무자 ····· 13
바. 착오에 의한 비채변제자 ····· 13
사. 책임보험자 ····· 14
아. 어음법상 상환의무자 ····· 14
2. “제3자”에 해당하는 경우 ····· 15
가. 이행인수인 ····· 15
나. 물상보증인 ····· 16
다. 저당물의 제3취득자 ····· 16
라. 후순위담보권자 ····· 16
마. 단축급부에서의 급부자 ····· 16
3. 소결 ····· 17
II. “변제” 요건에 관하여 ····· 18

1. 변제의 본질에 관한 학설 ····· 18
가. 법률행위설 ····· 19
나. 비법률행위설 ····· 24
다. 판례 ····· 26
라. 검토 ····· 27
2. 제3자 변제가 변제에 포함되는지 여부 ····· 27
3. 소결 ····· 32
제2절 제3자 변제의 제한 ····· 33
I. 채무의 성질 ····· 33
II. 이해관계 ····· 36
1. 학설 ····· 36
2. 판례 ····· 38
3. 검토 ····· 42
가. 후순위담보권자 ····· 43
나. 체납처분에 의하여 압류된 부동산에 대한 강제집행채권자 ····· 45
다. 가족지간 ····· 46
라. 소결론 ····· 47
III. 의사 ····· 47
1. 학설 ····· 47
2. 판례 ····· 48
3. 검토 ····· 49
IV. 소결: 현행 민법 규정의 문제점 ····· 50

제3장 이해관계 없는 제3자 변제 제한의 당부 ····· 51
제1절 이해관계 없는 제3자 변제 제한의 이념 및 취지 ····· 51
I. 현행 민법의 연혁 ····· 51
II. 일본 민법의 연혁 ····· 52
1. 보아소나드 민법 재산편 ····· 52
2. 메이지 민법 ····· 56
III. 소결 ····· 62
제2절 비판적 검토 ····· 62
I. 채무자 보호의 관점에서 ····· 62
1. ‘채무자에게의 원치 않는 은혜의 강요 방지’에 대한 비판 ····· 63
2. ‘가혹한 구상의 방지’에 대한 비판 ····· 66

II. 채권자 보호의 관점에서 ····· 69
III. 제3자 보호의 관점에서 ····· 73
1. 이해관계 없는 제3자의 임의대위 방해 ····· 73
2. 사실상 이해관계를 가진 제3자의 손해 감수 강요 ····· 74
IV. 거래안전의 관점에서 ····· 75
V. 소결: 경제적 효용의 사회적 총량의 관점에서 ····· 77
제3절 비교법적 검토 ····· 80
I. 고대 로마법 ····· 80
II. 독일 ····· 82
1. 제1·2초안 ····· 82
가. 제1초안 ····· 82
나. 제2초안 ····· 85
2. 현행 독일 민법 ····· 86
III. 스위스 ····· 90
IV. 오스트리아 ····· 92
V. 일본 ····· 93
VI. 대만 ····· 97
VII. 중국 ····· 99
VIII. 프랑스 ····· 103
1. 나폴레옹 민법 ····· 103
2. 개정 민법 ····· 108
IX. 이탈리아 ····· 112
1. 1865년 구 민법 ····· 112
2. 1942년 현행 민법 ····· 113
X. 영미법계 ····· 115
XI. 유럽계약법원칙 ····· 119
XII. 유럽민사법공통기준초안 ····· 120
XIII. 아시아계약법원칙 ····· 122
XIV. 소결 ····· 123

제4장 민법 제469조, 제480조 개정에 관한 입법론적 제언 ····· 126
제1절 선행 논의 ····· 126
I. 서 ····· 126
II. 2010년 제2기 민법개정위원회 제3분과위원회안 ····· 126

1. 채권양도 연계 논의 ··· 127
2. 채무인수 연계 논의 ··· 128
3. 채무면제 연계 논의 ··· 131
4. 제3자 변제와 임의대위 ··· 133
III. 2013년 제4기 민법개정위원회 실무위원회안 ··· 134
IV. 2014년 법무부 민법 개정안 ··· 136
V. 검토 ··· 138
제2절 쟁점 1: 채무자의 의사에 반하여 변제한 이해관계 없는 제3자의 구상 ·· 139
I. 채무자의 반대에도 불구하고 채무자의 이익을 위하여 변제한 경우 ··· 140
1. 사무관리의 본질에 관한 학설 ··· 140
가. 사회부조설 ··· 140
나. 귀속성설 ··· 141
2. 제739조 제3항의 적용 가부 ··· 142
가. 사무관리 비용상환청구권이라는 견해 ··· 143
나. 부당이득반환청구권이라는 견해 ··· 144
다. 검토 ··· 145
II. 채무자의 반대에도 불구하고 자신의 이익을 위하여 변제한 경우 ··· 150
1. (준)사무관리의 성부 ··· 150
2. 구상부당이득반환청구권의 성부: 강요된 이득의 문제 ··· 153
가. 기존의 학설과 판례 ··· 153
나. 구상을 부정 또는 제한할지 여부 ··· 155
III. 소결 ··· 159
1. '가혹한' 구상의 당연 제한 ··· 159
2. 제469조 제2항 삭제 시 예상되는 사안별 구상의 범위 ··· 160
제3절 쟁점 2: 채무자의 의사에 반하여 변제한 이해관계 없는 제3자의 임의대위 ·· 162
I. 구상권의 부정 여부 ··· 162
1. 일본과 한국의 민법개정 과정에서의 논의 ··· 162
2. 검토 ··· 167
가. 법경제적 손익의 관점 ··· 167
나. 형사법적·행정법적·조세법적·법리적 관점 ··· 169
다. 소결 ··· 171
II. 임의대위의 허부 및 요건 완화 여부 ··· 171
1. 임의대위의 허부 ··· 171
가. 기존 논의 ··· 171

나. 검토 ····· 173
2. 채권자 승낙 요건의 삭제 여부 ····· 176
제4절 기타 정책적 검토 ····· 178
I. 제3자 변제의 위축 가능성 ····· 178
II. 채무자의 직접 이행에 대하여 채권자가 갖는 신뢰의 법적 보호가치 ····· 179
1. 채권자와 채무자 간 합의를 통한 제3자 개입 금지 여부 ····· 180
2. 거래의 원활·안전의 관점에서 ····· 182
III. 불법행위 손해배상채무의 제3자 변제의 당부 ····· 184
1. 불법행위 손해배상책임의 기능적 관점 ····· 185
가. 응보적 기능의 한계 ····· 185
나. 회복적·예방적 기능과의 조화 ····· 186
2. 형사처벌에의 영향 ····· 188
IV. 공탁사무에 미칠 영향 ····· 190
V. 기타 채무자에게 손해가 발생할 가능성 ····· 190
1. 변제준비 등으로 인한 비용 ····· 190
2. 채무자의 감정적 소극손해 ····· 192
3. 제3자 상계로 인한 피해 가능성 ····· 193
VI. 다른 유사 제도와의 비교 ····· 196
1. 채권양도(제449조 제2항) ····· 197
2. 채무인수(제453조 제2항), 채무자변경의 경개(제501조 단서) ····· 199
제5절 소결: 개정안 ····· 201
I. 내용적 수정 ····· 202
II. 문법적 수정 ····· 202

제5장 결론 ····· 203

참고문헌 ····· 208
부록: 민법개정 관련 논의 참가자 명단 ····· 221
Abstract ····· 224

표 목 차

<표 1> 이해관계 없는 제3자 변제와 임의대위에 관한 각국 입법례 정리 …… 123

<표 2> 제469조·제480조 현행법·분과위원회안·실무위원회안·2014년 법무부안 대조표 …… 138

<표 3> 제469조 제2항 삭제 시 채무자의 의사 및 제3자의 이해관계 유무에 따른 예상 구상 범위 …… 160

<표 4> 일본 민법(채권법)개정검토위원회의 방침상 제3자에 의한 변제의 효력과 구상과 변제자대위의 관계 …… 163

<표 5> 채무자가 상계적상인 상황에서 제3자 상계 시의 재산 변동 …… 195

<표 6> 신·구조문 대비표 …… 201

그 림 목 차

<그림 1> 현행법상 제469조 제2항 우회방안 …… 75

<그림 2> 채무자가 상계적상인 상황에서 제3자 상계 시의 상황 …… 195

제1장 서론

제1절 연구의 목적

우리 민법[1] 제469조 제2항은 “이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.”라고 선언하고 있다.[2] 이에 본고는 제469조 제2항이 정하고 있는 이해관계 없는 제3자의 변제의 요건과 그에 따른 효과로서 구상관계의 전개를 재조명함을 목적으로 한다.

종래 우리 학계에서는 ‘제3자 변제’와 ‘변제자대위’라는 두 제도에 관한 논의가 다소 분절적으로 이루어진 측면이 없지 않다. 즉, 저당물의 제3취득자 및 후순위담보권자의 변제 등 개별적인 제3자 변제 사례나 변제자대위 시의 우열에 관한 연구는 다수 존재하였으나, 이를 포괄하는 일반론으로서의 제3자 변제의 요건과 그에 따른 효과로서의 구상관계에 관한 고찰은 도외시되어 온 것이 사실이다. 이러한 양상은 특히 제

1) 이하에서 달리 법명의 언급 없이 인용하는 조문은 민법 조문이다.

2) 본래 동항의 정문(正文)은 1958. 2. 22.자 관보 제1983호에 게재된 것에 따르면 “利害關係없는第三者는債務者의意思에反하여辨濟하지못한다”로서, 국한문이 혼용되어 있고 문장 부호와 띄어쓰기가 모두 없다. 법률 단위에서 문장 부호가 도입된 것은 1963년 2월경, 띄어쓰기가 시행된 것은 동년 4월경부터인데, 그 이후로 동항이 개정되었던 적은 없기 때문이다. 그러나 법제처 국가법령정보센터에서는 법령들의 순한글 표기를 우선 안내하고, 문장 부호와 띄어쓰기를 자체적으로 삽입하고 있으며, 국회에 제출된 법안들 또한 이를 전제하고 있다. 따라서 본고에서는 국어기본법 제11조의 위임에 따른 한글 맞춤법 제2항 및 [부록]의 규정에 따라 문장 부호와 띄어쓰기가 되어 있음을 전제한다. 한편 “第三者”의 경우, 판례는 “제삼자”가 아닌 “제3자”로 기재하고 있고, 최근 개정된 민법의 일부 조문들과 민사소송법, 상법, 부동산등기법 또한 “제3자”라는 표현을 사용하고 있다. 이러한 점을 감안하여, 본고에서도 이하 “제3자”라고 표기하기로 한다.

469조 제2항 소정의 이해관계 없는 제3자와 관련하여 두드러진다. 많은 문헌이 제469조 제2항의 "이해관계"에 관한 판례의 해석례 분석에 매진할 뿐, 그러한 기준의 법리적·법정책적 당부에 관하여는 침묵하였다. 최근 들어서 이해관계 없는 제3자의 변제를 보다 널리 허용하는 방향으로 제469조 제2항을 개정하여야 한다는 취지의 주장이 늘고는 있으나, 단순한 비판을 넘어 구체적인 입법론적 제언을 제시하는 단계까지 나아간 것은 극소수에 그치고 있는 실정이다.[3)]

이해관계 없는 제3자 변제의 요건은 그에 따른 파급효과를 감안할 때 결코 섣불리 다룰 수 없는 사안이다. 제3자 변제의 문턱을 낮출 경우, 이해관계에 불측의 변동을 맞닥뜨리게 되는 기존의 계약당사자인 채권자나 채무자 보호의 필요성은 그에 반비례하여 증가한다. 따라서 제3자 변제의 요건을 완화함에 있어서는 채권자, 채무자, 제3자 간 이익조정에 관한 깊은 고민이 선행되어야 하며, 특히 현행 제469조 제2항이 가장 경계하고 있는 구상권과 변제자대위권의 남용 가능성을 어떻게 억제할지가 가장 큰 관건이라 하겠다. 그 과정에서 구상의 범위를 결정지을 사무관리, 준사무관리, 구상부당이득에 관한 논의는 필연적이다.

제3자 변제 및 변제자대위와 관련하여 현재 각국은 다양한 입법례를 선보이고 있다. 그중 우리나라는 세계적으로 보기 드물게 '보수적'인 입법례에 속한다. 많은 나라가 채권법 개정을 통하여 이해관계 없는 제3자 변제의 요건을 대폭 완화하는 대신 그에 따른 구상관계를 제한하는

---

3) 예컨대 가정준, "'제3자의 변제'에 관한 효용성 분석 및 비교법적 고찰", **比較私法**, 제23권 제1호(2016. 2), 189-218면; 이진기, "민법에서 채무자 아닌 제3자의 행위에 의한 채무변제제도의 연구", **民事法學**, 第66號(2014. 3), 575-618면은 향후 민법 개정 시 지향하여야 할 방향을 제시한다. 그러나 실제로 개정에 관한 독자적인 안(案)을 제시한 것은 학계에서는 김대정, "제3자의 변제에 관한 현행민법 제469조의 문제점과 개정방안", 운로고상룡교수고희기념논문집간행위원회 편, **한국민법의 새로운 전개**(法文社, 2012), 436-464면이 유일한 것으로 보인다.

방법론을 택하고 있다. 반면 우리는 1896년 4월 27일 공포된 구 일본 민법 제474조, 제499조의 태도를 계수하여 오늘날까지도 유지하고 있으며, 이러한 입법례는 현재 세계에서 유일하다고 해도 과언이 아니다.[4)]

이처럼 독특한 입법의 취지로는, 채무자에게 원치 않는 은혜를 강요할 수 없고, 이를 섣불리 허용할 경우 채무자가 가혹한 구상에 노출될 위험이 있다는 점이 제시된다. 이는 면책적 채무인수에 관한 제453조 제2항, 채무자변경으로 인한 경개에 관한 제501조 단서에서도 공통적으로 나타나는 설명이다. 그러나 이러한 입법목적은 구시대의 봉건적 사고관념에 터잡은 것으로서 그 실체가 없거나 다른 방법으로도 충분히 달성할 수 있고, 오히려 제469조 제2항 소정의 제한이 채권자와 이해관계 없는 제3자의 일방적 희생을 강요함으로 말미암은 손해가 훨씬 크다.

계약법 영역에 있어서 '채권자-채무자'라는 종래의 전통적 계약당사자 관념이 일응 수정이 불가피하다는 주장은 갈수록 힘을 얻고 있다.[5)] 계약체결상 과실책임, 계약교섭의 부당파기, 제3자 보호효 있는 계약, 보호의무, 제3자 채권침해 등, '계약과 불법행위 중간의 책임(Haftung zwischen Vertrag und Delikt)'이라는 주제의식하에 묶일 수 있는 다양한 개념들은 이를 잘 보여준다.[6)] 그러나 이에서도 알 수 있듯, 탈(脫)계

---

4) 우리와 유사하게 일본을 통하여 독일 민법을 계수한 태국 민상법 제314조 제2항의 규정은 우리의 제469조 제2항의 규정과 동일하다. 그러나 변제자대위에 관한 태국 민상법 제229조 제1호 내지 제3호, 제230조 제1항, 제2항은, 각 구 나폴레옹 민법 제1251조 제1호 내지 제3호와 독일 민법 제268조 제1항, 제3항을 본떠, 우리와 상이하다. 일본 민법의 태국 민상법에의 영향에 관하여는 田村志緒理, "1925年タイ民商法典における日本民法継受の態様", **アジア法研究**, 2011年号(2011), 115-134頁 참조.

5) 여기서 '채권자', '채무자'란 약정채권자와 약정채무자를 뜻한다. 법정채권관계에서의 채권자와 채무자는 '계약당사자' 개념에 애초에 포함되지 아니하기 때문이다.

6) 이러한 양상은 비단 대륙법계뿐 아니라 영미법에서도 공통적으로 보이는 현상이다. 예컨대 영국은 '1999년 제3자의 권리에 관한 계약법(Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999)' 제정을 통하여 종래의 협소한 계약당사자(privity) 관념을 입법적으로 확대하였다.

약법적 논의는 주로 ‘채권자’의 범위 확장의 측면에 집중되었으며, ‘채무자’ 측의 범위 확장에 관하여는 상대적으로 논의가 부진하였다. 제3자 변제에 관한 연구가 활발하지 않았던 것 또한 이와 무관치 않다. 그러나 사회가 복잡다단해질수록 제3자 변제는 급증할 수밖에 없다. 제3자 변제, 그중에서도 이해관계 없는 제3자 변제의 요건에 관하여 구상관계에 미칠 영향을 염두에 두고 치열하게 고민해볼 필요성이 그 어느 때보다 강하게 제기될 수밖에 없는 이유이다.

이러한 문제의식에 터잡아 본고는 제469조 제2항으로 인한 문제점을 살피고, 사후구상의 문제와의 관계 속에서 이해관계 없는 제3자 변제의 요건 및 그에 따른 구상권, 변제자대위 제도가 나아가야 할 새로운 방향을 모색한다.

제2절 연구의 개요

본격적인 논의를 시작하기에 앞서 제2장에서는 그에 필요한 일반론으로서, 이해관계 없는 제3자 변제와 임의대위에 관한 현행 민법 규정의 해석론을 전개할 것이다. 우선 “제3자” 요건과 관련하여는 국내외 판례를 중심으로, 채권양도, 채무인수, 이행인수, 착오에 의한 비채변제 등 하위·유사개념들을 비교·대조함으로써 그 범위를 명확히 한다. “변제” 요건과 관련하여는 독일, 프랑스, 일본에서의 논의를 중점적으로 살펴, 그 법적 성질이 준법률행위이고, 누구든지 그 주체가 될 수 있다는 원칙을 확인한다. 그리고 이에 터잡아 현행 제3자 변제의 제한요건으로서의 “채무의 성질”, “이해관계”, “변제할 정당한 이익”, “제3자”의 정확한

뜻을 학설과 판례를 통하여 살피고, 위 각 개념의 의미가 대단히 불명확하여 실무에서도 이로 인한 혼돈이 발생하고 있음을 상기한다. 이를 통하여 현행 민법 규정의 문제점을 더욱 잘 드러낼 수 있을 것이다.

제3장에서는 현행 제3자 변제 제도가 단순히 혼란을 초래하는 것을 넘어, 법이념적으로 부당하고 법정책적·법경제학적 폐해가 상당함을 논증한다. 먼저 현행 제469조와 제480조가 별다른 고민 없이 과거 메이지 민법 제474조와 제499조의 문언을 그대로 옮겨온 것이라는 점에 착안하여, 보아소나드 민법과 메이지 민법 제정 당시 일본에서 전개된 논의를 살핀다. 이를 바탕으로 이해관계 없는 제3자 변제를 제한하는 취지를 ① 채무자 보호와 ② 채권자·거래안전 보호의 양대 축으로 대별하고, 그러한 입법 취지가 부당하거나 다른 제도를 통하여도 이미 충분히 구현되고 있으며, 오히려 제469조로 인해 채권자와 제3자가 막대한 손해를 입어 사회 전체의 효용도 감소함을 밝힌다. 그 과정에서 역사적·체계적 해석 방법론은 물론, 세계 13개 입법례와 제·개정사에 대한 심도 있는 조사가 수반될 것이다. 물론 비교법은 어디까지나 존재(Sein)일 뿐 당위(Sollen)의 문제는 아니라는 점에서, 엄밀한 의미에서의 논증(論證)은 될 수 없다. 그러나, 이해관계 없는 제3자 변제 제한의 이론적 배경과 그에 따른 부작용의 발생 가능성에 대한 외국 학계와 실무계의 논의는 훌륭한 선행연구라는 점에서 참고할 필요성이 분명 존재한다. 이를 통하여 현행 제469조 제2항이 국제적 관점에서 볼 때 보편성을 상실한 규정이고, 그 입법 취지에 비추어도 지나치게 엄격함을 입증할 것이다.

제4장에서는 구체적으로 어떠한 방식과 정도로 이해관계 없는 제3자 변제의 요건을 완화할 것인지를 논한다. 이는 필연적으로 제3자 변제에 따른 구상관계의 쟁점을 포함한다. 이해관계 없는 제3자 변제가 이루어질 경우 변제자인 제3자가 채무자에게 구상을 한다면 그 근거를 사무관

리・준사무관리・구상부당이득 중 어디에서 찾을 것인지, 구상이 가능하다면 그에 따른 변제자대위를 어떠한 방식과 어느 정도로 허용하여야 하는지를 민법의 일반원칙에 비추어 되돌아본다. 그 과정에서 2000년대에 있었던 한국과 일본에서의 관련된 개정논의 및 개정안을 참고한다. 이를 통하여 '현행 제469조 제2항을 삭제함으로써 제3자의 변제를 보다 널리 허용하되, 임의대위에 관한 제480조는 현행대로 유지함으로써 채권자・채무자의 의사적 관여를 보장하여야 한다'는 결론을 도출한다.

제3절 연구의 방법 및 범위

본고는 비교법적・법제사적 연구를 주된 연구방법론으로 채택하였다. 비교 대상으로 고대 로마법과 더불어, 독법(獨法)계 국가로는 독일, 오스트리아, 스위스, 일본, 대만, 중국을, 불법(佛法)계 국가로는 프랑스, 이탈리아를, 영미(英美)법계 국가로는 미국을, 기타 국제 모델법으로는 유럽계약법원칙, 유럽민사법공통기준초안, 아시아계약법원칙을 각각 선정하였다.[7] 외국의 입법례를 조사함에 있어서 현재 시행 중인 법령은 각국의 의회나 정부부처를 통하여 수집하였으며, 개정・폐지된 외국 법령은 당해 국가의 대학이나 의회도서관을 통하여 입수하였다.

본고의 주된 연구주제는 어디까지나 이해관계 없는 제3자에 한정된다. 이해관계 있는 제3자 변제 및 그에 따른 법정대위에 관하여는 우리나라를 비롯하여 어느 나라에서도 제469조 제2항과 같은 제한을 두지 아니하고 있기 때문이다. 다만, 법정대위에 관한 제481조의 "변제할 정당한

7) 본고에서 정면으로 다루지 아니하는 캄보디아, 베트남, 인도네시아, 네팔 등 아시아 각국의 입법례에 관하여는 가정준(주 3), 201-211면 참조.

이익”은 제469조 제2항의 “이해관계”를 논함에 있어서 빠뜨릴 수 없는 내용인바, 관련 부분에서는 자연스럽게 논의에 포함될 것이다.

채무자의 위임에 의한 제3자 변제와 그에 따른 구상 또한 논하지 아니한다. 왜냐하면 채무자의 위임이 있는 경우에는 현행법상으로도 당연히 제3자 변제가 가능하고, 그에 따른 구상의 근거가 위임계약에 따른 비용상환청구권(제688조)임에는 이론의 여지가 없기 때문이다.[8] 요컨대 본고가 탐구하고자 하는 주제의 영역은 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제로 나아갈 경우, 그에 따른 구상관계의 발생이라는 측면을 감안할 때 이를 허용할지 여부이다.

제4절 선행연구의 검토

본 주제와 관련된 연구는 주로 한국과 일본, 태국에 집중되어 있다고 할 수 있다. 3개국 외에는 제469조 제2항과 같은 입법례가 없기에, 실정법의 해석론과 별개로 바람직한 법(lex ferenda)을 논할 필요성이 크지 아니하기 때문이다.[9]

논의가 가장 활발했던 곳은 일본으로 보인다. 일찍이 1914년에 이미 관련 논문이 존재하였고,[10] 일본 민법 제정·시행 100주년을 맞이하여

---

8) 金炯錫, “第三者의 辨濟·求償·不當利得”, **서울대학교 法學**, 제46권 제1호(2005. 3), 346면. 한편 金疇洙, **債權總論** 第3版(三英社, 1999), 451-452면은 채무자와 제3자 사이에 준(準)위임관계가 존재하는 경우에 제680조가 적용될 것이라고 하나, ‘준위임관계’가 무엇을 의미하는지는 불분명하다.

9) 중국의 경우 제3자 변제와 관련된 논의들은 예전부터 존재하였으나, 후술하듯 이는 중국 특유의 입법 미비에서 기인한 것으로, 입법적 ‘개선’보다는 ‘창설’의 필요성을 논한 것이어서 본고의 주제와는 궤를 달리한다.

10) 三潴信三, “第三者ノ辨濟ヲ論ス”, 中田薰 編, **宮崎教授在職廿五年記念論文集**(有斐

개정 논의가 활발했던 1990년대 후반부터 2000년대 초반 사이에 많은 논의가 나와[11] 관련 조항들의 개정이 2017년에 이루어졌다.[12]

태국의 경우, 2011년에 관련 논문이 발표되고[13] 이듬해에 제3자 변제의 해석론과 입법론을 망라하는 방대한 연구가 있었으나,[14] 그 이후로는 논의가 단절된 상황이다.

본 주제를 다룬 최초의 국내 연구는 1994년에 있었던 것으로 보인다.[15] 동 연구는 제3자 변제의 요건, 제한, 효과를 채무자와 제3자 간의 구상관계를 중심으로 검토하였다는 데 의의가 있다. 다만, 어디까지나 해석론에 충실하였으며, 변제자대위와 관련하여는 논의가 없었다.

본격적인 논의는 2000년대 초중반에 이르러 형성되기 시작한 것으로 판단된다. 2004년 제17대 국회에 제출되었으나 임기만료로 폐기된 민법중개정법률안(의안번호 170611), 이른바 '2004년 법무부 민법 개정안'만 하더라도 관련 개정 논의가 없었으나,[16] 2005년에 본 주제를 정면에

閣, 1914), 417-456頁.

11) 渡邊力, "第三者弁済における求償権（一）—ドイツ求償不当利得論に示唆を得て—", **名古屋大学法政論集**, 189号(2001), 233-279頁; 渡邊力, "第三者弁済における求償権（二・完）—ドイツ求償不当利得論に示唆を得て—", **名古屋大学法政論集**, 190号(2001), 175-222頁; 小川浩三, "第三者弁済と任意代位", 西村重雄・児玉寛 編, **日本民法典と西欧法伝統-日本民法典百年記念国際シンポジウム**(九州大学出版会, 2000), 419-441頁; 野村重信, "主債務者が行方不明の場合に第三者から弁済の申出があった場合の対応", 椿寿夫 編, **代位弁済-その実務と理論(銀行法務21別冊1)**(経済法令研究会, 1995), 263-264頁; 齋田統, "第三者弁済における求償の当事者 -非債弁済との関わりにおいて-", **秋田法学**, 第46号(2006), 1-22頁 등 참조.

12) 개정 조항에 관한 연구로는 山本宣之, "民法改正法案における第三者弁済", **同志社法学**, 第68巻第7号(2017. 2), 2465-2492頁 등 참조.

13) ดาราพร ถิระวฒน, "นิติกรรมที่บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนลูกหนี้", *วารสารนิติศาสตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร* ปที 40 ฉบบที 3 (ก.ค.-ก.ย. 2554), หน้า 491-504.

14) ปานวาด สุพฒน, การชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก, วิทยานิพนธ นิติ ศาสตร มหาบณฑิต คณะ นิติศาสตร มหาวิทยาลย ธรรมศาสตร (2555).

15) 김소영, **他人의 債務의 辨濟**, 碩士學位論文, 梨花女子大學校(1994).

16) 법무부 민법개정자료발간팀, **2004년 법무부 민법 개정안: 채권편·부록**(법무부, 2012)

서 다룬 연구가 처음으로 등장하였다.[17] 다만 여전히 입법론적 제언은 부재하였다. 이후 2010년 한국 민법 시행 50주년 기념 대법원・한국민사법학회 공동학술대회에서 제469조 개정에 대한 구체적 주장이 최초로 나와[18] 2012년 논문으로 발표되었고,[19] 프랑스, 일본 등의 채권법이 2010년대 후반 개정・시행됨과 함께 관련 비교법적 연구도 점진적으로 활성화되었다.[20] 더불어 법정책학・법경제학적 관점에서 현행 민법상 이해관계 없는 제3자 변제와 임의대위 규정을 비판하는 논문들도 조금씩 나오는 추세이다.[21] 다만, 아직까지 법이념・법정책적 분석과 입법론적 제언, 비교법적 검토를 포괄하는 연구는 발견되지 아니한다.

참조. 이하 '2004년 법무부안'이라 한다.

17) 金炯錫(주 8), 340-370면.

18) 김대정, "제3자의 채권변제 규정의 개정제안", 법률신문 (2010. 10. 25), https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=54749&kind=BA04&key= (2023. 1. 31. 최종 확인) 참조.

19) 김대정(주 3), 436-464면.

20) 예컨대 아시아 개발도상국들의 입법 추세에 관하여는 가정준(주 3), 189-218면 참조. 프랑스 민법상 제3자 변제에 관하여는 이지은, "개정 프랑스민법상 변제 - 변제의 당사자와 목적을 중심으로-", **亞洲法學**, 제12권 제3호(2018. 11), 210-233면; 정태윤, "프랑스에서의 3당사자 비채변제", **法學論集**, 제17권 제2호(2012. 12), 65-91면 등 참조.

21) 가정준(주 3), 189-218면; 이진기(주 3), 575-618면 등 참조.

제2장 이해관계 없는 제3자 변제 일반론

제1절 제3자 변제 일반론

Ⅰ. “제3자” 요건에 관하여

일견 명백해 보이지만 타인의 채무를 이행한다는 측면에서 제3자 변제는 다른 많은 유사한 개념들과 혼동되곤 한다.[22] 이러한 개념들을 제3자 변제에 해당하는지 여부에 따라 분류하는 작업은 제469조 소정의 “제3자”의 의미를 명확히 함에 있어서 큰 도움이 됨은 물론, 구상이나 변제자대위의 가부에 있어서도 현저한 차이로 귀결되는바, 그 구별 문제는 실무적으로도 매우 중대한 의의를 갖는다. 이하에서는 학설과 판례에서 제3자 변제 여부가 문제된 사안들을 종합적으로 검토한다.

1. “제3자”에 해당하지 아니하는 경우

가. 대리인・대표자・이행대행자・이행보조자

제3자가 채무자의 대리인, 대표자, 이행대행자, 이행보조자로서 채권자에게 급부를 하였다면 이는 제3자 변제에 해당한다고 할 수 없다.[23] 이는 어디까지나 채무자가 급부를 하되, 그 과정에서 제3자를 사용한 것에 불과하기 때문이다. 바꾸어 말하자면, 채무자가 지정한 변제목적에

---

22) ‘제3자(Dritte)’의 일반론적 정의에 관하여 독일에서는 다양한 논의가 있으나, ① 변제의 자발성・독자성과 ② 대리인 또는 이행보조자가 아닐 것을 핵심 조건으로 제시한다는 점에 있어서 대동소이하다. 자세한 것은 김소영(주 15), 13-14면 참조.

23) 양창수・김재형, **계약법** 제3판(박영사, 2020), 325면.

따라 제3자는 채무자의 영역에서 출연을 할 뿐이다.[24] 판례 또한 "채무의 성질상 반드시 변제자 본인의 행위에 의해서만 가능한 것이 아닌 이상 제3자를 이행보조자 내지 이행대행자로 사용하여 변제할 수도 있다고 할 것이다."라고 설시함으로써, 이행보조자 및 이행대행자의 변제를 제3자 변제와 병렬적으로 구분한 바 있다.[25] 제3자가 채무자의 명의로 변제한 때에도 그러하다.[26]

제3자 변제와의 차이는 목적지정의 원칙적 필요성 유무에서도 드러난다. 대리인・대표자・이행대행자・이행보조자로서의 변제의 경우, 실제 변제를 행하는 자가 채무의 변제조로 급부한다는 점을 전혀 몰라도 변제의 효력에는 아무런 영향이 없다.[27] 반면 제3자 변제의 경우에는 타인의 특정 채무를 변제한다는 제3자의 목적지정이 요구된다. 이에 관하여 자세한 것은 후술하기로 한다.

나. 채권양도에서의 채무자

채권양도의 대가로 채권양수인이 채권액 상당액을 양도인에게 지급할 경우, 양도인 입장에서는 그로써 변제를 수령한 것과 실질적으로 같다. 그러나 채권양도로 채권은 소멸되지 아니하고 동일성을 갖고 양도인으로부터 양수인에게 이전된다는 점에서, 채권의 소멸을 예정하고 있는 제3자 '변제'와는 구별된다.[28] 다만 제3자가 변제 후 원래 채무자에게 구상권 및 변제자대위권을 행사할 경우, 채무자의 입장에서 그 실질은 채권양도와 매우 유사하다.[29]

---

24) 金炯錫(주 8), 343면.

25) 대법원 2001. 6. 15. 선고 99다13515 판결. 同旨: 대법원 1946. 10. 1. 선고 4278민상117 판결.

26) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2013다215263 판결 참조.

27) 김소영(주 15), 4면.

28) 郭潤直 編, **民法注解(XI)**(博英社, 1995), 107면(金大彙 執筆部分).

29) 김용덕 편, **(주석)민법: 채권총칙(4)** 제5판(韓國司法行政學會, 2020), 75면(정준영 집필

다. 채무인수인

채무인수는 채무의 동일성이라는 측면에서 채권양도와 달리 볼 이유가 없다. 이는 면책적 채무인수와 병존적 채무인수를 불문한다. 즉, 채무인수자가 채권자에게 채무를 이행하였다면, 이는 제3자로서가 아닌 채무자로서 이행한 것이다.[30]

라. 연대채무자・보증인

연대채무자와 보증인이 제469조가 예정하는 제3자에 해당하는지 여부에 관하여는 다툼이 있다. 독일의 경우, 연대채무자와 보증인의 변제는 제3자 변제에 해당하지 아니한다고 본다.[31] 이에 따라 연대채무자와 보증인의 변제에 관하여는 각각 독일 민법 제426조와 제774조가 적용될 뿐, 제3자 변제의 일반 규정인 제267조는 적용되지 아니한다.[32] 국내의 학설은 나뉜다. 긍정하는 견해도 있으나,[33] 부정하는 견해도 있다.[34] 과거 조선고등법원 판례[35] 및 대법원 판례[36]는 보증인에 관하여 긍정설을 택한 바 있다.

부분); 이진기(주 3), 598-599면. 이는 변제자대위의 효과에 관한 후술할 독일에서의 채권양도 유추적용설의 근거이기도 하다.

30) 郭潤直 編(주 28), 108면(金大彙 執筆部分).

31) BGHZ 42, 53, 56; BGH NJW 1986, 251; Jauernig, Othmar, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Aufl. (C.H.Beck, 2021), § 267 Rn. 6.

32) 김소영(주 15), 9면.

33) 김용덕 편(주 29), 80면(정준영 집필부분); 송덕수, **채권법총론** 제6판(박영사, 2021), 428면; 於保不二雄, **債権総論** 新版(有斐閣, 1972), 354頁.

34) 김대정・최창렬, **채권총론**(박영사, 2020), 367면; 김소영(주 15), 14면; 金容漢, **債權法總論**(博英社, 1983), 518면; 金疇洙(주 8), 450면; 金炯錫(주 8), 343면; 李銀榮, **債權總論** 第4版(博英社, 2009), 709면; 이진기(주 3), 581-582면; 張庚鶴, **債權總論**(敎育科學社, 1992), 504면; 玄勝鍾, **債權總論**(日新社, 1979), 363면; 黃迪仁, **現代民法論Ⅲ: 債權總論**(博英社, 1981), 215면.

35) 朝高判大正12(1923)年3月23日・民錄10卷69頁 (大正12年民上第22號).

36) 대법원 1961. 11. 9. 선고 4293민상729 판결.

생각건대 부정함이 타당하다. 우선 연대채무자는 우열 없이 모두가 채무자에 해당하는바, 연대채무자의 변제는 제3자가 아닌 채무자로서의 변제로 볼 것이다. 이른바 부진정연대채무자의 경우에도 내부적 구상이 문제될 뿐 채권자에 대한 관계에서는 각인이 채무 전부를 이행할 책임을 지므로 달리 볼 것은 아니다. 한편 보증채무는 주채무와 별개의 독립된 채무인바,[37] 보증인의 이행 또한 제469조가 예정하는 제3자 변제라고 볼 수는 없다. 보증채무자는 주채무자와 계약을 체결한 것이 아니라, 주채무자를 위하여 채권자와 계약을 체결한 당사자이기 때문이다.

다만 국가에 따라서는 연대채무자 또는 보증인을 명문의 규정으로 제3자로 보기도 한다. 후술하듯 오스트리아, 프랑스, 이탈리아 등이 그러하다.

마. 보전소송 등에서의 제3채무자

압류・전부명령 또는 압류・추심명령, 권리질권, 채권자대위권에서의 제3채무자가 압류채권자, 권리질권자, 대위채권자에게 채무를 이행할 경우, 이것이 제3자 변제에 해당하는지 여부가 문제된다.

전부명령의 경우 일종의 강제된 채권양도에 해당하므로,[38] 그것이 제3자 변제에 해당하지 아니함은 전술한 바와 같다. 추심명령, 권리질권, 채권자대위권에서 제3채무자의 이행 또한 변제수령권자의 문제이지, 변제자의 문제는 아니라 할 것이다.

바. 착오에 의한 비채변제자

제3자 변제는 제3자가 자신이 '제3자'로서 이행하고 있다는 인식을 요하는바, 스스로를 채무자로 오신하고 '자신'의 채무이행으로서 변제

---

37) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다76105 판결.

38) 전원열, **민사소송법 강의** 제2판(박영사, 2021), 40면.

한 때에는 제469조의 제3자 변제가 아닌 제745조의 착오로 인한 비채변제에 해당할 뿐이다.[39]

사. 책임보험자

피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 책임보험자가 피해자의 직접청구에 응한 경우(상법 제724조 제2항), 피보험자의 손해배상채무를 제3자로서 변제한 것인지 문제된다. 피해자의 직접청구권의 법적 성질에 관하여는 보험금청구권설과 손해배상청구권설이 대립하는데,[40] 우리 판례는 손해배상청구권설의 입장에서 책임보험자가 피보험자의 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로 보아, 이는 제3자 변제에 해당하지 아니한다고 한다.[41] 생각건대 피해자의 두터운 보호 측면에서 판례가 취하는 손해배상청구권설이 타당하다. 반면 독일 판례 중에는 책임보험자의 피해자에 대한 직접 보상을 제3자 변제로 본 사례가 있다.[42]

아. 어음법상 상환의무자

지급제시기간 내의 적법한 지급제시에도 불구하고 주채무자의 지급거절을 받은 어음소지인의 상환청구에 따라 상환의무를 이행한 주채무자

---

39) 양창수・김재형(주 23), 325면.

40) 鄭東潤 編, **(註釋)商法: 保險(Ⅱ)** 第2版(韓國司法行政學會, 2015), 261-264면(張德祚 執筆部分).

41) 대법원 2000. 12. 8. 선고 99다37856 판결. 한편 병존적 채무인수인과 채무자는 원칙적으로 연대채무관계에 있다는 점에서(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다32409 판결 등 참조), '병존적 채무인수인인 책임보험자의 변제는 제3자 변제가 아니다'라는 위 판결의 기저에는 '연대채무자의 변제는 제3자 변제가 아니다'라는 전제가 숨어있음을 알 수 있다.

42) BGHZ 113, 62, 65. 이에 반대하는 견해로는 Krafka, in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR: BGB* (C.H.Beck, 2022), § 267 Rn. 23 참조. 다만, BGH NJW 1970, 134, 135는 비용분담협약(Teilungsabkommen)에 따라 보험자가 다른 보험자에게 급부하는 것은 제3자 변제가 아닌 자기 채무의 변제라고 한다.

이외의 어음행위자는, 자신의 담보책임을 이행한 것일 뿐 주채무자의 어음소지인에 대한 채무를 제3자로서 이행한 것은 아니다.[43] 다만, 상환의무자가 아닌 호의적인 제3자의 자격에서 변제하는 것도 허용됨은 물론이다.[44] 이 경우 자신의 전자(前者)에 대한 재상환청구는 불가할 것이다.

2. "제3자" 에 해당하는 경우

가. 이행인수인

채무인수인과 달리 이행인수인은 어디까지나 제3자의 지위에서 채무자와의 내부적 관계에서만 변제할 의무를 부담하는바,[45] 대외적으로는 제469조 소정의 "제3자" 에 해당한다.[46] 주의할 것은 이행인수 그 자체만으로 이를 제3자 변제라고 할 수는 없고, 이행인수인이 실제 변제를 하였을 때 비로소 제3자 변제에 해당하게 된다는 점이다.[47]

다만 독일에서는 이행인수인의 변제가 채무자와의 대내적 관계에 기한 것임에 착안하여 제3자 변제에 해당하지 아니한다고 보는데,[48] 이는 이행인수인을 이행보조자의 일종으로 보는 것으로 생각된다.

---

43) 郭潤直 編(주 28), 112면(金大彙 執筆部分); BGHZ 67, 75, 79.

44) 郭潤直 編(주 28), 112면(金大彙 執筆部分); RGZ 120, 205, 208.

45) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다23193 판결 등 참조.

46) 대법원 2012. 7. 16.자 2009마461 결정; 郭潤直 編(주 28), 108면(金大彙 執筆部分); 김상용, **채권총론** 제3판(화산미디어, 2016), 418면. 반면 김서기, "고용계약상 노무자의 보수채권 보호의 관점에서 제3자 변제 법리 소고", **法과 政策**, 第26輯 第3號(2020. 12), 10면은, 이행인수인이 변제 과정에서 채권자에게 발생시킨 손해로 말미암은 채무불이행에 따른 손해배상채무자는 인수인이 아닌 채무자임을 들어, 이행인수인은 채무자의 의사표시에 의해 변제권한이 주어진 자로 볼 것이지 제3자로 볼 것은 아니라고 한다. 그러나 이는 의문이다. 예컨대 저당물의 제3취득자도 경매목적물의 권리의 하자에 대하여 제578조의 담보책임을 부담하지 아니하는데, 그렇다고 하여 저당물의 제3취득자가 제3자가 아니라고 할 수는 없기 때문이다. 의사표시 해석의 문제이겠으나, 위와 같은 주장은 후술하듯 이행인수인을 이행보조자와 혼동한 것으로 생각된다.

47) 김소영(주 15), 6면.

48) BGH NJW 1970, 134.

나. 물상보증인

보증인과 달리, 물상보증인의 경우에는 제469조의 제3자에 해당한다는데 이론이 없다.[49] 물상보증인은 채무 없이 '책임'만 부담하는 자이므로, 물상보증인의 변제는 채무 없는 자의 변제에 해당하기 때문이다.

다. 저당물의 제3취득자

저당물의 제3취득자는 피담보채무의 채무자나 저당권설정계약의 당사자가 아니므로(제364조), 제3취득자의 변제는 채무자로서가 아닌 제3자의 변제에 해당한다.[50] 다만 제364조는 제469조에 대한 일종의 특칙이다. 제3취득자는 자신이 취득한 부동산이 담보하는 채권에 한하여 변제하면 족한데, 제360조는 그 범위를 제한하고 있기 때문이다. 요컨대 제364조에 따른 제3취득자의 변제권은 고유권이라고 할 수 있다.[51]

라. 후순위담보권자

후순위담보권자가 담보권설정자의 채무를 변제할 경우, 이는 자신이 부담하는 채무라 할 수 없으므로 제469조의 제3자 변제에 해당한다.

마. 단축급부에서의 급부자

단축급부에 있어서 계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시를 받아 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 자에게 직접 급부하였더라도, 급부를 수령한 자의 관점에서 급부자는 어디까지나 제3자에 불과하다. 이 사안은 근본적으로 이행인수인의 사례와 달리 볼 이유가 없다.

---

49) 대법원 1980. 4. 22. 선고 79다1980 판결; 金炯錫(주 8), 344면.

50) 양창수・김재형(주 23), 344면.

51) 대법원 1971. 4. 6. 선고 71다26 판결; 김소영(주 15), 7면 참조.

이에 관하여는 단축급부자가 급부의 수령자를 상대로 그것이 타인 채무의 변제라는 점을 들어 부당이득반환을 구할 수 없다는 판례의 입장을 근거로,[52] 단축급부자의 변제는 제3자 변제가 아니라는 주장도 있다.[53] 그러나 이는 계약관계의 청산은 계약당사자 사이에 이루어져야 한다는 계약법의 기본원리에 따른 결과일 뿐이다. 오히려 이러한 견해에 의하면, 3자 간 별도의 합의가 없는 이상 최종 급부의 수령자가 급부자를 상대로 이행청구가 불가능하다는 점을 설명할 수 없다는 문제가 있다.

3. 소결

결국 제3자 변제에 있어서 핵심은 변제한 채무가 '실질적 타인채무(materiell fremde Schuld)' 인지 여부가 아닌, '형식상 타인채무' 인지 여부에 있다.[54] 그러한 측면에서 제3자 변제에서 주로 문제가 되는 사안은 내부적 구상관계와 채권자와의 외부적 채권·채무관계가 분열되는 때가 아니다. 오히려 채무자와 아무런 위임관계가 없는 상황에서 채무를 이행하는 자가 제469조가 논하는 제3자의 본질에 보다 가깝다. 같은 취지에서 독일의 학설은 한발 더 나아가, 제3자가 채무자에 대한 채무의 이행 차원에서 채권자에게 변제를 하였다면 이는 제3자 변제에 해당하지 아니한다고 본다.[55] 그 의도가 채무자의 채권자에 대한 채무의 이행보다는, 제3자의 채무자에 대한 우선적 채무의 이행에 있기 때문이다.[56]

---

52) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결 등.
53) 이진기(주 3), 578-579면.
54) 金炯錫(주 8), 343면 참조.
55) Krafka(주 42), Rn. 15.
56) Krafka(주 42), Rn. 23.

Ⅱ. “변제” 요건에 관하여

제3자 변제가 과연 변제의 하위 유형의 하나인지 혹은 변제와는 구별되는 독립된 채권의 소멸사유인지에 관하여는 과거부터 논의가 있었다. 이에 대하여는 이론적 문제 이상의 실천적 실익은 없다는 관점도 있다.[57] 그러나 제3자 변제가 변제의 일종인지 여부에 따라 원칙적 허용 여부 및 제한 시 그 정도는 크게 달라지게 된다. 제3자 변제가 변제의 하위 유형이라면 제3자의 변제는 당연히 허용되는 것이 원칙이고 예외적으로 정책적 관점에서 이를 제한할 수 있을 뿐이다. 반면, 제3자 변제가 변제와 독립된 별개의 개념이라면, 이를 자유롭게 허용할 필연적 이유는 없으며 이익형량에 따라 그 허용 여부를 입법적으로 규정할 수 있다. 즉, 어느 쪽의 입장을 택하는지에 따라 현행 제469조의 법리적 당부를 다르게 볼 수 있는 것이다.[58] 이에 변제의 본질을 살펴 제3자가 민법이 예정하고 있는 변제의 주체에 해당하는지를 탐색해보기로 한다.

1. 변제의 본질에 관한 학설

변제의 정의에 관하여는 그 법적 성질을 무엇으로 파악하는지에 따라, ① 채무의 내용인 급부를 실현하는 채무자 또는 기타의 자의 행위,[59] ② 채무자 또는 제3자의 급부행위에 의하여 채권이 만족을 얻는 것,[60] ③

---

57) 郭潤直 編(주 28), 108면(金大彙 執筆部分); 金龍潭 編, **(註釋)民法: 債權總則(4)** 第4版(韓國司法行政學會, 2014), 161면(鄭晙永 執筆部分).

58) 郭潤直 編(주 28), 8면(金大彙 執筆部分)은 “辨濟의 法的 性格에 관한 論爭은 몇 가지 쟁점을 제외하고는 단지 理論上의 興味에 지나지 않는다.”라고 하면서도, “제3자의 辨濟…(중략)…도 辨濟의 槪念에 포함되는가 하는 문제…(중략)…를 어떻게 이해할 것인가 …(중략)… 등의 문제가 여전히 명확히 解決되어 있지 아니하다.”라며 제3자 변제와 관련하여서는 논의의 실익이 있음을 암시한다.

59) 郭潤直, **債權總論** 第六版(博英社, 2003), 243면; 金基善, **韓國 債權法總論** 全訂版(法文社, 1975), 272면; 金疇洙(주 8), 425면; 李好珽, **債權法總論**(韓國放送通信大學出版部, 1991), 164면; 玄勝鍾(주 34), 350면.

채무의 내용인 급부가 실현되어 채권이 그 목적을 달성하여 소멸하는 것,[61] ④ 채무의 내용인 채권자의 이익을 실현하는 것,[62] ⑤ 채무의 내용에 좇은 급부를 실현함으로써 채무를 소멸시키는 채무자 또는 제3자의 행위,[63] ⑥ 채무자(또는 제3자)가 채무의 내용인 급부를 실현하는 것[64] 등 다양한 견해가 공존하고 있다. 이와 같은 학설 분화의 기저에는 '변제는 법률행위인가'라는 공통의 문제의식이 관류하고 있다. 이에 본고에서는 주제에 필요한 한도 내에서 법률행위설과 비법률행위설로 변제의 법적 성질에 관한 학설 대립을 이원화하여 살피기로 한다.[65]

가. 법률행위설

법률행위설은 계약설과 단독행위설로 대별된다.[66]

계약설은 변제를 위하여는 급부자의 '변제의사'와 수령자의 '변제

60) 김상용(주 46), 412면; 金亨培, **債權總論** 第2版(博英社, 1998), 644면; 양창수・김재형(주 23), 323면.

61) 郭潤直 編(주 28), 15면(金大彙 執筆部分); 김용덕 편(주 29), 3면(정준영 집필부분); 金曾漢・金學東, **債權總論** 第6版(博英社, 1998), 337면; 張庚鶴(주 34), 479면.

62) 金容漢(주 34), 492면.

63) 李太載, **債權總論**(進明文化社, 1981), 263면.

64) 송덕수(주 33), 423면.

65) 예컨대 郭潤直(주 59), 245-246면이 취하는 법률행위설, 절충설, 사실행위설의 구도나, 郭潤直 編(주 28), 20-22면(金大彙 執筆部分)의 법률행위설, 사실적 급부실현설, 목적적 급부실현설의 분류 모두, 궁극적으로는 변제의 법률행위 여부 및 그 정도의 문제에 따라 세분화한 것일 뿐이다. 실제로 金大貞, "辨濟의 法的 性質 및 構成要件에 관한 立法論的 考察", **民事法學**, 第52號(2010. 12), 422-425면은 법률행위설, 사실적 급부실현설, 목적적 급부실현설을 병렬적으로 설명하고 있으나, 같은 저자의 김대정・최창렬(주 34), 329-332면은 법률행위설과 사실행위설로만 대별하고 있다.

66) 학자에 따라 일반적 계약설, 제한적 계약설, 목적합의설, 단독행위설 4가지로 나누거나(金大貞(주 65), 422-423면), 준법률행위설, 사실행위설, 목적적 급부실현설 3가지로 분류하거나(송덕수(주 33), 424면), 일반적 계약설, 제한적 계약설, 단독행위설 3가지로 나누기도 하나(郭潤直 編(주 28), 20면(金大彙 執筆部分)), 제한적 계약설과 목적합의설은 일반적 계약설과 단독행위설의 혼합 내지 절충에 지나지 아니하는 것으로 보이므로 본고에서는 따로 논하지 아니한다.

수령의사’를 요한다는 학설로서, 독일 보통법시대를 거쳐 독일 민법 시행 초기까지 통설의 지위를 점하고 있었다.[67] 그러나 지정의 합의 없이도 변제의 효력이 발생하도록 규정하고 있는 독일 민법 제366조와 변제계약 없이도 채무관계의 소멸을 규정하고 있는 독일 민법 제362조의 명시적 법문에 반한다는 비판에 따라 현재는 사멸되었다.[68] 반면 프랑스의 경우에는 상황이 다르다. 구 프랑스 나폴레옹 민법은 제1238조와 제1241조에서 변제의 유효요건으로 변제자의 급부물에 대한 소유권, 양도능력과 더불어 채권자의 변제수령능력을 요구하고 있었기 때문이다.[69] 비록 최근의 프랑스 민법 채권편 개정에 따라 구 제1238조와 제1241조는 삭제되었으나, 프랑스 학계의 지형은 크게 다르지 아니할 것으로 보인다. 왜냐하면 개정 프랑스 민법 제1342조 제1항은 “변제란 의무가 있는 급부의 임의적 이행이다.”라고 선언하는 동시에 제1342-2조 제3항에서 “계약 체결 능력이 없는 채권자에게 이루어진 변제는 그가 이로부터 이익을 받지 아니한 경우에는 효력이 없다.”라고 규정함으로써,[70] 변제의 법률행위성과 함께 변제에 있어서 채권자의 행위능력을 여전히 요구하고 있기 때문이다. 다만 변제자의 조건에 관한 구 제1238조는 더 이상 존속하지 아니하는 점, 개정 프랑스 민법 제1342-8조가 변화된 프랑스 판례의 태도를 반영하여[71] “변제는 모든 방법에 의해 증명된다.”라고 선언함으로써 증거자유의 원칙을 선언하는 점 등은 도리어 사실행위설에 힘을 싣는 부분이기도 하다.[72] 이에 관하여 프랑스 학계에서는 개정 민법이

67) 김용덕 편(주 29), 13면(정준영 집필부분).

68) 郭潤直 編(주 28), 20면(金大彙 執筆部分); 金大貞(주 65), 422-423면.

69) 郭潤直 編(주 28), 19면(金大彙 執筆部分); 金大貞(주 65), 425면.

70) 번역은 한불민사법학회, **개정 프랑스채권법 해제**(박영사, 2021), 563면을 참조하였다.

71) 과거 프랑스 판례는 법률행위설에 따라 증거에 있어서 서증 등의 방법에 의한 엄격한 제한을 제시하였으나, 이후 판례를 변경하여 변제의 사실행위설에서 주장하는 증거자유의 원칙을 채택하였다. Cass. 1re civ., 6 juill. 2004, *Bull.* civ. I, n° 202 참조.

변제의 법적 성격에 관하여 직접적으로 명확한 정의를 내리기보다는, 증거법 영역에서 논란이 되었던 쟁점을 해결함으로써, 변제의 법적 성격에 관한 논의의 실익을 간접적으로 제거하였다고 평가하기도 한다.[73]

단독행위설은 계약설과 달리, 변제에 있어서 급부자의 '변제의사'만 있으면 족하고 수령자의 '변제수령의사'는 불요한다는 입장이다.[74] 이는 계약설의 사멸에 따른 수정적 학설로 보이나, 큰 호응은 얻지 못하고 있다고 한다.[75]

이처럼 법률행위설은 근대 민법의 초창기에는 많은 지지를 받았으나, 최근 프랑스에서조차 수정적 태도를 보이는 등 세계적 추세와는 거리가 다소 있다. 이는 급부행위가 부작위급부나 사실행위인 경우와 같이, 효과의사가 근본적으로 불필요한 경우를 법률행위설이 설명하지 못한다는 점에서 기인하는 것으로 보인다.[76]

다만 입법론적 당부는 별론으로 하고, 현행 제464조가 존속하는 한 법해석론적으로는 법률행위설이 가장 부합한다는 주장이 있다.[77] 즉, 구 프랑스 나폴레옹 민법 제1238조 제1항의 규정이 일본의 보아소나드 민법 제455조 제3항과 제4항으로 계수된 후 법전논쟁 과정에서도 삭제되지 아니한 채 일본 민법 제476조로 남아 우리의 제464조로 이어진 이상, 프랑스의 통설인 계약설을 택하지 아니할 수 없다는 것이다.[78] 일본 민법 제

72) 한불민사법학회(주 70), 572면.

73) François, Clément, "Présentation des articles 1342 à 1342-10 de la nouvelle sous-section 1 «Dispositions générales»", *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, 18 juillet 2016, https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect1-dispositions-generales/ (dernière visite 31 janvier 2023).

74) 김대정・최창렬(주 34), 330면.

75) 郭潤直 編(주 28), 20면(金大彙 執筆部分).

76) 郭潤直(주 59), 245면; 金疇洙(주 8), 427면; 양창수・김재형(주 23), 323면.

77) 김상용(주 46), 416면은, 사견으로는 변제가 법률행위가 아니라고 하면서도, 민법의 제정자들은 변제를 법률행위로 이해하고 민법을 제정하였다고 볼 수 있다고 한다.

정 당시 입법자들이 변제를 “법률행위”라고 언급하였다는 것은 그 강력한 논거이다.[79]

그러나 우선 어떠한 규정이 일단 계수법의 민법전 내로 편입된 이상, 반드시 모법국의 해석론과 일치할 필요가 있는지는 의문이다.[80] 특히 우리 민법은 어느 특정 국가의 법계(法系)에 속한다고 할 수 없고 다양한 국가의 민법을 참고하여 만든 것이기에, 프랑스에서 유래한 조문이라고 하더라도 다른 규정들과의 체계적 해석상 그 구체적 해석론에 있어서는 프랑스와 차이가 있는 것이 당연하다.[81] 나아가 프랑스에서도 나폴레옹 민법 제1238조 제1항은 주로 물권법적 측면에서 다루어진 것으로 보인다. 전술한 바와 같이 구 프랑스 민법 제1238조 제1항은 주는 채무의 경우 변제자의 급부물에 대한 소유권과 양도능력(capacité d'aliéner)을 요한다고 규정하고 있었는데,[82] 최근 개정에서 본조가 삭제된 이유는 그것이 ‘물권법’의 측면에서 당연하기 때문이었다.[83]

물론 현행 제464조에 여전히 의문이 남는 것은 사실이다. 애초에 변제의 “취소”를 논하는 것 자체가, 입법자가 변제를 취소할 수 있는 ‘법

---

78) 金大貞(주 65), 434-437면 참조.

79) 廣中俊雄 編, **民法修正案(前三編)の理由書**(有斐閣, 1987), 457頁, 金大貞(주 65), 436면에서 재인용.

80) 법무부 법무심의관실, **법무부 민법개정위원회 회의속기록 제5권**(법무부, 2012), 36, 203면 중 윤철홍 위원, 정병호 위원의 발언 참조.

81) 신(新)민법 제정 당시 입법자는 독일, 프랑스, 스위스, 영국, 대만, 일본, 만주의 민법을 참고하였다. 제3대 국회 제26회 제29차, “국회정기회의속기록”, 1957. 11. 5, 2면 중 법제사법위원장 박세경의 심사보고 참조.

82) 프랑스법상 양도(aliénation)란 소유자가 자신의 재산을 상실(aliéner)한다는 점에 착안하여 권리가 이전된 결과라는 측면에서의 양도상태를 중시하는 개념이다. 박수곤, “物權行爲 槪念에 대한 小考 - 프랑스법적 시각에서의 검토 -”, **民事法學**, 第43卷 第2號(2008. 12), 178면 참조.

83) Nicolas Dissaux & Christophe Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuves des obligations* (Dalloz, 2015), p.177, 이지은(주 20), 216면에서 재인용.

률행위’로 보았음을 암시하는 대목으로 해석될 수 있기 때문이다.[84] 실제로 구 일본 민법 제476조가 적용된 몇 안 되는 사례들은[85] 모두 미성년자의 친권자인 모가 한 변제행위(중요재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위에 해당하였다)에 대하여 친족회의 동의가 없었다는 이유를 들어 취소를 구한 사례이기도 하다.[86] 그러나 “취소”라는 단어에 구속되어 계약설을 고집할 이유는 없다고 본다. 단적으로 비법률행위설에 입각해 있는 독일의 경우, 법문에서 채권자취소권 및 부인권의 행사를 통한 “취소(Anfechtung)”의 대상을 법률행위(Rechtsgeschäft)가 아닌 “법적행위(Rechtshandlungen)”로 규정하고 있고,[87] 이에 따라 법률행위뿐 아니라 변제 등 준법률행위까지도 취소의 대상이 된다는 데에 이견이 없다.[88] 우리 제406조와 구 메이지 민법 제424조 또한 비록 취소의 대상을 “법률행위”로 규정하고 있기는 하나, 해석론상 준법률행위까지도 이에 포함된다고 보아 변제를 그로 분류함이 일반적이다.[89] 변제

---

84) 법무부 법무심의관실(주 80), 369면 중 김대정 분과위원장, 정병호 위원의 발언 참조.

85) 우리 판례 중 제464조가 실제 적용된 사례는 없다.

86) 名古屋地判年月日不明・法律新聞534號13頁（明治41年(通)第116號）; 東京控判大正14(1925)年6月4日・法律新報50號11頁（大正14年(ネ)第92號） 참조. 당시 일본 민법 제886조 제3호는 모가 친권자로서 미성년자를 대리하여 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 상실을 목적으로 하는 행위를 할 경우에 친족회의 동의를 요하였다.

87) 독일 도산절차 밖에서의 채무자의 법적 행위의 취소에 관한 법률(Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, AnfG) 제11조(법적 효과) ① 채권자는 취소가능한 법적행위에 의하여 채무자의 재산으로부터 양도・반출・포기된 것을 채권자의 만족을 위하여 필요한 한도에서 처분할 수 있다. 수령자가 법적 원인의 흠결을 알고 있는 경우의 부당이득의 법률효과에 관한 규정들이 준용된다. (하략) 번역은 김용덕 편, **(주석)민법: 채권총칙(2)** 제5판(韓國司法行政學會, 2020), 322면(이백규 집필부분)을 참조하였다.
독일 도산법(Insolvenzordnung, InsO) 제129조(총칙) ① 파산절차 개시 전에 이루어진 파산채권자를 해하는 법적행위는 제130조 내지 제146조의 규정에 따라 파산관재인이 이를 취소할 수 있다.

88) 김용덕 편(주 87), 369-370면(이백규 집필부분).

89) 김용덕 편(주 87), 369-370면(이백규 집필부분); 양창수・김형석, **권리의 보전과 담보** 제4판

의 취소라는 표현이 법문에 있다고 하여 이를 입법적으로 계약설을 택한 근거로 단정할 수는 없는 이유이다.

따라서 현행 제464조의 입법론적 당부에 대한 의문과는 별개로,[90] 법률행위설에 구태여 구속될 필요는 없다고 생각된다.

나. 비법률행위설[91]

변제의 본질을 채권 목적의 달성이라는 객관적 결과에서 찾는 이 학설은 사실적 급부실현설, 사실행위설, 준법률행위설 등으로 세분화할 수 있다. 구체적으로 법률행위에 관한 규정을 '급부'가 아닌 '변제' 자체에 적용할 수 있는지 여부,[92] 급부를 채무와 결부시키려는 '사실상의 의사'의 필요 유무[93] 등에 따라 약간의 대립이 있지만, 변제의사와 변제수령의사라는 계약당사자들의 효과의사에 무관심하다는 점에서 공통적이다. 우리나라, 독일, 일본에서 통설적 지위를 점하고 있다.[94]

(박영사, 2021), 200면; 最判昭和40(1965)年1月26日・集民77号129頁(昭和37年(オ)第1331号).

90) 제464조는 법문상 변제의 본질에 관한 혼동의 소지가 있고, 해석상 종류물인 동산의 변제에 관한 사안으로 그 적용범위가 국한되어 있으며, 전술한 바와 같이 실제 적용된 판례 또한 우리나라에서는 전무한 관계로 삭제하여야 한다는 주장이 많다. 구 일본 민법 제476조의 규정은 최근 채권편 개정을 계기로 삭제되었고, 우리 법무부에서 확정한 개정안에서는 "변제가 취소된 때"를 "양도행위가 취소된 때"로 고쳤다.

91) 이후 我妻榮, **新訂債權總論(民法講義Ⅳ)**(岩波書店, 1964), 216頁이 "준법률행위설(準法律行為説)"로 명명함에 따라, 우리나라에서 "비법률행위설"이라는 표현을 사용한 것은 金基善(주 59), 273-274면과 李太載(주 63), 264-265면뿐이다. 다만, 본고에서는 준법률행위설을 비롯하여, 변제의 법률행위성을 부정하는 모든 학설을 포괄하기 위하여 '비법률행위설'이라는 표현을 사용하기로 한다. 참고로 김상용(주 46), 415면은 "변제를 준법률행위라고 하든 사실행위라고 하든, 변제가 법률행위가 아니라는 점에서는 동일하고, 그 내용에 있어서도 차이가 있어 보이지는 않는다."라고 한다.

92) 양창수・김재형(주 23), 324면.

93) 郭潤直 編(주 28), 21-22면(金大彙 執筆部分); 金大貞(주 65), 424면; 김상용(주 46), 414면.

94) 郭潤直(주 59), 245-246면; 郭潤直 編(주 28), 24면(金大彙 執筆部分); 金基善(주 59), 274면; 金大貞(주 65), 424-429면; 金容漢(주 34), 493면; 金曾漢・金學東(주 61), 338면;

생각건대 급부행위(Leistung)와 변제(Erfüllung)가 엄연히 구분되는 개념이라는 점을 감안하면 비법률행위설이 타당하다. 급부행위는 법률행위일 수도, 사실행위일 수도 있다. 관건은 급부행위와 별도로, 변제의 의사표시가 요구되는지, 또 변제수령의 의사표시가 요구되는지 여부이다. 채권은 본질적으로 급부를 구할 권리이다.[95] 따라서 급부를 한 이상에는 주관적인 변제의사의 존부와 무관하게 변제의 효과는 달성된다.[96] 만일 채무자가 채권자에 대하여 매매계약에 따른 대금지급채무를 부담하고 있는 상황에서 이와 별도로 증여의사를 갖고 금전을 채권자에게 지급한 경우, 이것이 변제효를 초래하지 아니하는 것은 그 급부행위가 매매계약에 따른 것이 아닌 증여계약에 따른 것이기 때문이다.[97] 다시 말해서 이는 궁극적으로 매매계약상 채무와 증여계약상 채무 사이의 변제지정(Tilgungsbestimmung)[98] 내지 목적지정(Zweckbestimmung)의 문제일 뿐이다.[99] 채권소멸의 효과가 발생하지 않는 것은 변제의사의 부존재가 아닌 증여의 의사표시에서 찾아야 한다.[100] 같은 취지에서 채권자 또한 급부

李太載(주 63), 264-265면; 張庚鶴(주 34), 480-482면; 玄勝鍾(주 34), 351-352면.

95) 郭潤直(주 59), 9면; 양창수・권영준, **권리의 변동과 구제** 제4판(박영사, 2021), 15면.

96) 郭潤直 編(주 28), 21면(金大彙 執筆部分).

97) 郭潤直(주 59), 246면; 郭潤直 編(주 28), 21면(金大彙 執筆部分); 金基善(주 59), 274면; 김대정・최창렬(주 34), 332면; 김상용(주 46), 416면; 金容漢(주 34), 496면; 金曾漢・金學東(주 61), 338면; 李太載(주 63), 265면.

98) 종래 '변제지정'과 '지정충당'을 구분하지 아니하고 혼용하는 경향이 있었으나, 채무자가 특정 채무를 지정하여 변제를 한 때에는 그 특정 채무에 대한 변제의 효과가 인정될 뿐, 그 변제액수가 지정한 특정 채무의 액수를 초과하더라도 초과액수 상당의 채권이 부당이득관계에 따라 다른 채권에 대한 상계의 자동채권이 될 수 있음은 별론으로 하고, 특별한 사정이 없는 한 초과액수가 다른 채권의 변제에 당연 충당된다거나 공제의 대상이 된다고 볼 수는 없다. 즉, '변제지정'이 변제할 '대상'의 문제라면, '지정충당'은 변제할 '순서'의 문제이다. 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다261776 판결 참조.

99) 대법원 1956. 11. 15. 선고 4289민상404 판결; 대법원 1997. 5. 28. 선고 96다46088 판결 등 참조. 同旨: 李太載(주 63), 265면.

100) 郭潤直(주 59), 246면; 鳩山秀夫, **日本債權法(總論)** 增訂改版(岩波書店, 1925), 392頁.

수령의사는 가질 수 있지만, 별도의 변제수령의사는 가지지 못한다고 보아야 한다. 채권자는 채무자의 급부의 수령을 거부할 수는 있지만, 급부를 수령하여 놓고 채권소멸의 효과는 부인하는 것은 어불성설이다. 무효, 취소와 같은 효과가 적용되는 것 또한 어디까지나 '변제'가 아닌 '급부행위'이다.[101] 급부행위의 효력이 부인될 경우, 그에 따른 결과인 변제의 효과 또한 실효됨은 다언을 요하지 아니한다.

비법률행위설의 타당성은 채무자의 의사에 반하는 채권만족의 경우에 비추어보면 자명하다. 단적으로 강제집행은 채무자의 의사에 반하지만 변제로 분류된다.[102] 변제의 핵심은 채권의 만족이라는 결과에 있음을 방증하는 대목이다.

다. 판례

변제의 법적 성질에 관하여 정면으로 판단한 대법원 판례는 없다. 다만 하급심 판결 중에는 사해신탁취소, 사해행위취소사건에서 변제를 준법률행위라고 명언한 경우가 존재한다.[103] 일본의 경우에는 최고재판소 판결 중 방론으로 변제를 사실행위로 본 사례가 있고,[104] 하급심 판결 중에는 사해행위취소사건이나,[105] 파산채무자가 파산선고 후에 파산재단

---

101) 郭潤直(주 59), 246면.

102) 대법원 1967. 3. 21. 선고 67다87 판결; 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다76556 판결 참조. 반면 郭潤直 編(주 28), 18면(金大彙 執筆部分); 김상용(주 46), 412-413면; 金亨培(주 60), 645면; 洪允善, **辨濟의 法的 性質**, 碩士學位論文, 梨花女子大學校(2004), 12면은 변제의 자발성・임의성을 강조하면서, 국가적 강제가 동원되는 강제집행은 '실무상・사실상 변제'라고 할 수 있을 뿐이라고 한다. 郭潤直 編(주 28), 18면(金大彙 執筆部分)은 집행에 의한 만족은 채무(Schuld)에 기한 것이 아니라 책임(Haftung)에 의한 것이라는 점 또한 변제와 구별되는 강제집행의 특징으로 제시한다.

103) 서울중앙지방법원 2012. 3. 22. 선고 2010가합88922 판결; 부산지방법원 2017. 10. 12. 선고 2016가단333182 판결.

104) 最判昭和35(1960)年7月1日・民集14巻9号1641頁（昭和33年(オ)第581号）.

105) 福岡高判昭和37(1962)年9月12日・金融法務事情326号7頁（昭和36年(ネ)第403号）.

에 속하는 재산으로 한 변제의 효력 등에 관하여 판단하는 과정에서 변제가 준법률행위라고 명시한 사례가 다수 존재한다.[106]

라. 검토

결론적으로 변제는 준법률행위라고 할 수 있다. 이에 관하여 통설로서의 준법률행위설은 적극적인 이유 때문이 아니라, 혼동과 같은 단순한 사건이 아닌 급부행위라는 법률상 행위에 따른 것으로서 법률행위에 관한 총칙 규정을 준용한다는 측면에서 변제의 준(準)법률행위성을 찾는다.[107] 변제의 법적 성질을 명확히 규정하기가 힘들다 보니, 준법률행위라는 광의의 개념으로 '도피'를 하는 것이다.[108]

그러나 변제는 적극적 의미에서 준법률행위라고 새겨야 한다. 즉, 채무자나 채권자의 의사를 불문하고 변제가 이루어지면, 그에 대하여는 당사자의 효과의사가 아닌 법률의 규정에 의하여 채권소멸이라는 효과가 부여되는 것이다.[109]

2. 제3자 변제가 변제에 포함되는지 여부

변제의 준법률행위성은 제3자 변제의 경우에도 유지될 수 있는가? 이는 곧 제3자 변제가 변제 개념에 포함되는지의 문제로 귀결된다.

이에 관하여 20세기 초까지는 학설의 대립이 있었다. 일각에서는 변제란 채무자에 의한 채권소멸만을 의미할 뿐이므로, 제3자의 변제를 변제와는 구별되는 독립된 채권소멸의 원인으로 새겼다. 이는 고대 로마법과

---

106) 東京高判平成31(2019)年4月17日・判例時報2454号21頁（平成30年(ネ)第2992号）.

107) 郭潤直(주 59), 246면; 郭潤直 編(주 28), 22, 24면(金大彙 執筆部分); 金大貞(주 65), 429면; 김상용(주 46), 415-416면; 金容漢(주 34), 494면; 金亨培(주 60), 647면.

108) 법무부 법무심의관실(주 80), 33면 중 윤철홍 위원의 발언.

109) 양창수・김재형(주 23), 325면.

같이 주로 채무의 인적(人的) 요소에 주목한 관점이었다. 채무란 타인을 구속하는 법의 사슬, 즉 법쇄(iuris vinculum)이기 때문에,[110] 그 사슬에 얽매이지 않은 제3자가 채무를 변제할 수는 없다는 것이다. 예컨대 Kretschmar는 변제는 채무자가 자신의 '윤리적 의무'를 실행하는 것이라고 정의하였다. 따라서 채무의 내용을 실현함으로써 하는 '변제'와 채권자의 만족으로 인한 채무자의 '채무해방'은 구분되어야 하고, 제3자 변제는 변제와는 구분되는 채권만족의 효과를 수반하는 특별한 유형의 채무의 소멸이라고 보았다.[111] 이시자카 오토시로(石坂音四郎) 또한 '해방(solutio)'이라는 관점에서 변제는 어디까지나 채무자가 자신의 채무자로서의 '신분'으로부터 채권적 법쇄를 푸는 행위라고 주장하였다.[112] 이러한 입장에서 채무자가 아닌 제3자는 애초에 이른바 '변제자 적격'이 있을 수 없었다. 그러나 통설은 채무자 아닌 자도 채무의 내용을 실현할 수 있는 이상, 제3자 변제도 변제에 포함된다고 본다.[113]

생각건대 제3자 변제를 독립된 채권소멸 원인으로 새길 필요는 없다.

---

110) D.44.7.3pr; Inst.3.13pr. 이는 어떠한 행위에 따른 효과(법률관계)는 그 행위자에게만 돌아간다는 로마인들의 개인주의적 법관념에 따른 것으로서, 이에 따르면 채무는 필연적으로 그 주체와 불가분적인 것이 된다. 이러한 접근은 '채무' 개념이 불법행위로 인한 책임의 속상금에 의한 해소에서 발원하였다는 역사적 배경과도 무관치 아니한데, 같은 취지에서 로마에서는 직접대리, 채권양도, 제3자를 위한 계약을 원칙적으로 불인정하였다.

111) Paul Kretschmar, *Die Erfüllung Erster Teil* (Veit & Comp., 1906), S. 116 f., 130 ff.

112) 石坂音四郎, **改篡民法研究 下卷**(有斐閣, 1920), 494-495頁.

113) 金亨培(주 60), 645면. 郭潤直(주 59), 247면; 송덕수(주 33), 427면은 나아가 제3자가 본래적 의미의 변제는 물론, 대물변제 및 공탁도 할 수 있다는 것에 이설(異說)이 없다고 명시한다. 제3자의 대물변제가 가능하다는 일본 판례로는 大判大正7(1918)年10月15日・法律新聞1500號19頁（大正7年(オ)第720號） 참조. 同旨: 郭潤直 編(주 28), 112면(金大彙 執筆部分); 김상용(주 46), 418면; 金容漢(주 34), 516, 540면; 金疇洙(주 8), 448면; 金曾漢・金學東(주 61), 347면; 金亨培(주 60), 665면; 李銀榮(주 34), 708면; 張庚鶴(주 34), 502면; 池元林, **民法講義** 第18版(弘文社, 2021), 967면; 玄勝鍾(주 34), 362면. 과거 조선고등법원 판례 중 朝高判大正11(1922)年8月15日・民錄9卷303頁（大正11年民上第217號）은 제3자의 어음행위도 가능하다고 한다.

우선 그 효과에 있어서 제3자 변제는 변제와 다를 바가 없다. 이는 '제3자 변제가 변제에 해당하는지 여부의 문제는 이론적 문제 이상의 실천적 실익은 없다'는 서술에서 역설적으로 드러난다.[114] 준법률행위설의 관점에서 보면, 변제의 효과는 객관적 변제사실에 의하여 발생할 뿐 변제의 주체는 불문하게 된다.[115] 구상권의 발생에 따라 채권이 절대적으로 소멸하는지 상대적으로 소멸하는지의 차이는 있다. 그러나 채권자와의 대외적 관계에서는 차이가 있다고 할 수 없다. 또한 애초에 제3자 "변제"라고 조문에서 규정하고 있는 상황에서, 구태여 이를 변제와 구별되는 성질로 파악할 어떠한 법전상·이론상 논거도 찾기 힘들다.[116]

요건에 있어서도 차이가 없다. 물론 독일에서 이른바 '사실적 급부실현설'을 택하는 학자들도 제3자 변제에 있어서는 목적지정이 필요하다고 본다는 측면에서 제3자 변제는 변제와는 일견 다르게 보이는 것이 사실이다.[117] 하지만 제3자 변제 시에도 제3자의 효과의사(Geschäftswille)

114) 金龍潭 編(주 57), 161면(鄭晙永 執筆部分).

115) 법무부 법무심의관실(주 80), 27면 중 김대정 분과위원장의 발언.

116) 郭潤直 編(주 28), 17면(金大彙 執筆部分); 鳩山秀夫(주 100), 398頁.

117) 제3자 변제의 요건으로서, 타인의 채무에 관한 급부라는 점에 대한 제3자의 내심(內心)의 의사가 필요한지 여부에 관하여 독일에서는 엄격 주관설, 상당 주관설, 객관설 등의 학설이 대립한다고 한다. 자세한 것은 김소영(주 15), 14-17면 참조. 다만 이러한 일련의 학설 대립의 실익은 의문이다. 타인의 채무를 변제한다는 제3자의 의사가 불필요하다는 상당 주관설 및 객관설의 논거는 실질적으로는 증명책임에 관한 문제, 즉 타인의 채무를 위한 급부가 아니었다는 점을 제3자가 증명하여야 한다는 것에 가깝기 때문이다. 독일 판례의 경우, 그 해석을 둘러싸고 학계에서 논란이 있다. BGHZ 105, 365, 369 등은, 제3자의 변제에 해당하는지 여부는 제3자의 내심의 의사가 아닌 급부수령자의 관점에서 객관적으로 해석하여야 한다는 취지로 설시한 바 있다. 그러나 이는 어디까지나 착오에 의한 타인 채무의 비채변제 사안에만 적용되는 법리일 뿐이라는 지적이 유력하다. 실제로 최근 BGHZ 113, 62, 68 ff. 등은 이러한 법리를 사실상 폐기한 것으로 평가되며, BGHZ 46, 319, 325은 제3자의 변제가 유효하기 위하여는 제3자에게 변제의사가 있어야 한다고 명언하였다. 자세한 것은 Krüger, Wolfgang, in ders. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. (C.H.Beck, 2019), § 267 Rn. 11 참조.

는 불필요하며, 다만 목적지정(Tilgungsbestimmung)이 필요할 뿐이다.[118] 즉, 제3자가 증여의사로 채권자에게 어떤 것을 급부하였을 때 제3자 변제의 효과가 없다면, 그것은 타인채무에 대한 변제의사의 결여 때문이 아니라 증여의사의 존재 때문인 것이다. 이는 채권자를 상대로 복수의 채무를 부담하고 있는 채무자가 급부를 할 때 어느 채무에 관한 변제인지를 밝히는 것과 본질적으로 동일하다.

이에 관하여 Leonhard는 강제집행을 비롯한 제3자 변제를 변제의 하위유형으로 분류하면서도,[119] 다음과 같이 논한다.

> 채무관계에 내포된 명령은 채무자가 급부하여야 한다는 것이다. 이는 과거 통설적 견해를 점하였으나, 오늘날 빈번히 도전받고 있다. 채무자의 급부가 아닌, 오직 특정한 목적의 성취만이 중요하다는 것이다. 그 근본적 이유로는 채무가 제3자의 급부만으로도 소멸한다는 것이 제시된다(독일 민법 제267조). 이로부터 Hartmann과 그 추종자들은 급부는 단순히 목적 달성의 수단에 불과하다고 한다. 그러나 이러한 견해에는 동의할 수 없다. 타인의 급부만으로는 변제에 불충분하며, 다만 제3자가 채무자를 위하여 행위함을 선언한 때에는 변제할 수 있을 뿐이다. 예컨대 A가 목초지를 B에게 매도하였다면, 그 채무는 X가 급부한다고 하여 소멸되지 아니한다. 심지어 그것이 X가 증여한 것이라고 하더라도 그러하다. 물론 채무의 목적은 이 경우 완벽하게 만족되었거나 혹은 원래 예정된 바보다

118) 金炯錫(주 8), 342면은, 제3자 변제 시 타인채무 변제로서의 목적지정이 필요하다는 설명이 변제의 성질에 관하여 목적적 급부실현설을 전제하는 것은 아니며, 목적적 급부실현설과 사실적 급부실현설 간 차이는 변제목적지정이 있는 급부를 원칙으로 볼 것인지 예외로 볼 것인지뿐이라고 한다.

119) Franz Leonhard, *Allgemeines Schuldrecht des BGB* (Duncker & Humblot, 1929), S. 582 f. 반면 Paul Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse: Erste Abteilung §§ 241 bis 432* (Carl Heymanns Verlag, 1928)은 제3자 변제가 변제라고 보면서도, 강제집행, 담보권의 실행에 의한 만족은 변제에서 제외하고 있다. 여사한 학설 논의에 관하여는 洪允善(주 102), 7-8면 참조.

더 유리하게 달성되었다. 그러나 그것만으로는 부족하다. 왜냐하면 채권자는 채무자를 통한 또는 채무자를 위한 급부를 수령하여야 하기 때문이다. 강제집행을 통한 징수는 변제와 같다. 하지만 이는 집행관이 채무자를 대신하여 행위하였기 때문이지, 채권자가 급부를 수령하였기 때문이 아니다. 따라서 목적의 달성을 단순히 채무의 변제사유로 보는 것은 부적절하다(독일 민법 제332조 이하). 채권자가 만족을 얻는 것만으로는 부족하다. 그 만족은 채무자의 급부를 통해서만 이루어져야 한다.[120]

이로부터 알 수 있는 변제와 구별되는 제3자 변제의 유일한 특수성은 변제의 목적지정이 없을 때 그 급부가 변제를 위한 것이라는 사실에 대한 증명책임을 누가 부담하는지 여부뿐이다. 채무자에 의한 통상의 변제의 경우, 별도의 목적지정이 없더라도 채무자의 급부는 기존에 존재하던 채무에 대한 변제로써 이루어진 것으로 추정된다. 채무를 부담하고 있는 채무자가 변제 대신 채권자에게 금원을 대여·임치하는 것은 경험칙상 이례에 속하기 때문이다.[121][122] 반면 제3자가 무언가를 급부할 경우, 그

120) Leonhard(주 119), S. 39 f. 밑줄은 필자의 것이다.

121) 郭賢秀, "辨濟에 關한 證明責任", **裁判資料**, 第26輯(1985. 7), 201면. 한편 대법원 1956. 11. 15. 선고 4289민상404 판결은 "채권자가 채무자로부터 금원을 융통받는 경우에 채무자가 기존채무의 변제의 의사로써 교부한 것이 아닌 이상 이를 변제로 볼 수 없는 것"이라고 판시하여 논란이 있다. 그러나 당시 원고는 피고에게 "융통해달라."라고 발언하였는바 대법원은 '융통'이라는 단어의 일반적 의미상 변제의 독촉보다는 빌려달라는 요청에 가깝다고 보았고, 원고가 피고에게 기존에 어떠한 채권을 가지고 있었다고 인정할 근거도 부족하다고 판단하였음을 감안할 때, 위 설시 중 "채권자"와 "채무자"란 진정한 의미에서의 채권자·채무자가 아닌 원고의 표현을 차용한 것에 불과하다고 보아야 한다. 또한 당시 사건이 소유권이전등기말소등기청구소송으로서, 기본적으로 원고가 피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효, 즉 피고가 주장하는 등기원인인 피고의 대여금채권에 대한 원고의 대물변제 사실이 없었다는 점에 대한 증명책임을 부담하였다는 점 또한 고려하여야 한다.

122) 이는 채무자가 자신을 상대로 수 개의 채권을 갖는 채권자에게 어떠한 급부를 하였을 경우, 그 급부가 복수의 채권 중 특정한 채권의 변제에 충당되었거나 충당되지 아니하였다는 변제충당 주장의 증명책임을 누가 부담하는지에 관한 이른바 '채권자

것은 원칙적으로 제3자 스스로의 채권자에 대한 채무(증여계약상 채무를 포함한다[123])의 이행으로 추정된다.[124] 요컨대 채무자에 의한 변제와 제3자 변제 모두 공히 효과의사를 불요하고,[125] 다만 목적지정이 있는 급부가 원칙인지 예외인지 여부에 있어서만 차이가 있을 뿐이다.[126]

3. 소결

이처럼 변제는 효과의사를 불요하는 준법률행위이다. 그렇다면 원칙적

설'과 '채무자설'의 대립과는 별개의 문제이다. 채무자설을 택하는 郭潤直 編(주 28), 29-30, 309면(金大彙 執筆部分)도 채무자가 채권자에 대하여 1개의 채무만을 부담할 경우에는 그 채무의 내용에 적합한 급부행위는 변제로써 행하여진 것으로 추정된다고 본다. 채권자설을 택할 경우에는 더욱 그러할 것이다.

123) 여기서 증여계약은 급부에 선행할 필요는 없고 급부와 동시에 체결되었다고 보아도 무방하다. 19세기 초까지는 Paulus의 견해를 좇아 권리 취득의 성립요건으로 '선행하는 정당한 원인(iusta causa praecedens)' 또는 '적법한 권원(Titel)'이 필요하다고 보는 것이 통설적 견해였으나(D.41.1.31pr.; 오스트리아 민법 제380조 참조), Savigny가 적선(積善)을 예시로 들며 채권적 관계가 선행하지 않아도 사실행위와 결합된 물권계약만으로 족하다고 주장한 것이 오늘날의 통설이 되었기 때문이다(독일 민법 제929조 참조). 자세한 것은 이진기, "抽象性原則: 법사학적, 법이론적 연구", **法史學硏究**, 第32號(2005. 10), 363-399면 참조.

124) 郭潤直 編(주 28), 111면(金大彙 執筆部分). 한편 채권자가 제3자 고유의 채무에 대한 것으로서 변제를 수령한 후에 제3자가 목적지정을 변경하여 채무자의 채무에 급여하는 것이 가능한지에 관하여는 부정설이 다수설이라고 한다. 金亨培, **事務管理·不當利得**(博英社, 2003), 198-199면. 반면 最判昭和35(1960)年7月1日・民集14巻9号1641頁（昭和33年(オ)第581号）은 채권자와 변제자 간 합의가 있다면 사후적으로 목적지정을 변경해도 문제가 없다고 본다. 독일 판례인 BGH NJW 1964, 1898, 1899 등도 이를 긍정한다. 자세한 것은 Krüger(주 117), Rn. 12 참조.

125) 송덕수(주 33), 425면은 변제가 유효하기 위하여는 '변제의사(Fremdtilgungswille)'가 필요하나, 이때 변제의사란 효과의사가 아니라 "급부가 변제를 목적으로 행하여진다는 자연적 의사"라고 한다. 同旨: 김용덕 편(주 29), 8-9면(정준영 집필부분); 金亨培(주 60), 647면; BGHZ 59, 191.

126) 김용덕 편(주 29), 76면(정준영 집필부분); 金炯錫(주 8), 342면. 단, 여기서의 지정은 명시적일 필요까지는 없으며, 채권자가 변제를 수령하면서 제3자가 타인의 채무를 변제하는 것이라는 사실을 인식하였다면 타인의 채무변제라는 지정이 있었다고 볼 것이다. 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다71558 판결 참조.

으로 변제의 주체에는 제한이 있을 수 없다.[127] 급부의 주체는 변제의 유효요건이 아니기 때문이다.[128] 누구든지 변제를 하면 당사자의 의사에 무관하게 법률의 규정에 따라 채권의 소멸이라는 효과가 일어난다. 따라서 채무의 성질상 일신전속적이지 아니한 한, 채무자 아닌 제3자 또한 변제가 당연히 예정하고 있는 주체에 포함되고, 오히려 그에 대한 제한이 정책적 고려에 따른 예외에 해당한다고 볼 것이다. 그 예외로 우리 민법은 채무의 성질, 이해관계, 의사라는 세 가지 척도를 도입하고 있다.

제2절 제3자 변제의 제한

Ⅰ. 채무의 성질

'채무의 성질이 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때'라 함은 곧 채무가 일신전속적 급부를 목적으로 하지 아니하는 때임을 뜻한다.[129] 이는 관점에 따라 확인적 규정으로 볼 수도 있다. 왜냐하면 일신전속적

127) 다만, 변제의 법적 성질에 대한 관점과 제3자 변제의 허부에 관한 관점이 항상 연계되는 것은 아니다. 예컨대 三潴信三(주 10), 421頁은 '변제는 채무의 내용 실현 행위'라는 전제에 이의를 제기하지 아니하면서도, 제3자 변제 또한 변제에 해당한다고 주장하였다. '오직 채무자만 채무를 부담한다'는 명제로부터, '오직 채무자만 채무의 내용을 실현할 수 있다'는 결론이 논리필연적으로 도출되지는 아니하기 때문이다. 즉, '변제하여야 하는 자'와 '변제할 수 있는 자'는 확연히 구분되는 개념으로서, '변제하여야 하는 자'는 채무자이지만 '변제할 수 있는 자'는 채무자에 국한되지 아니한다.

128) Esser/Schmidt, *Schuldrecht. Band I Allgemeiner Teil: Teilband 1*, 8. Aufl. (CF Müller Verlag, 1995), S. 276, 허명국, "법률행위의 당사자 확정, 제3자의 급부, 법률행위의 추인 - 대법원 2017. 11. 14. 선고 2014다21021, 21038 판결을 중심으로 -", **연세법학**, 제37호(2021. 6), 301면에서 재인용.

129) 郭潤直 編(주 28), 109면(金大彙 執筆部分); 김용덕 편(주 29), 77면(정준영 집필부분).

급부를 목적으로 하는 채무의 경우, 채무자가 아닌 자는 본질적으로 완전한 이행이 불가하기 때문이다. 이러한 이유로 인하여 우리뿐 아니라 각국의 입법례는 유사한 취지의 제한을 설정하고 있다.

다만 '일신전속적 급부'의 구체적인 범위와 관련하여는 약간의 이론이 있다. 통설은 절대적 일신전속적 급부와 상대적 일신전속적 급부로 나누어, 후자의 경우 전자와 달리 채권자의 동의가 있으면 제3자도 할 수 있는 것이라고 한다.[130] 그러나 이러한 구분이 타당한지는 의문이다. 통설이 상대적 일신전속적 급부의 예로 드는 채무자의 노무(제657조 제2항)나 수임인의 위임사무처리(제682조 제1항), 수치인의 보관(제701조, 제682조 제1항) 모두 정도의 차이만 있을 뿐, 절대적 일신전속적 급부의 대표적 사례로 제시되는 학자의 강연과 본질적으로 다를 바가 없기 때문이다. 즉, 채무자의 노무의 경우 사용자는 채무자에 의한 노무를 요구하는 것이고, 수치인의 보관 또한 임치인은 수치인에 대한 신뢰에 터잡아 임치계약을 체결한 것이다. 따라서 이러한 이분법적 접근보다는, 일신전속적 급부 모두 성질상 제3자의 변제가 원칙적으로 불가하되, 채권자가 동의하면 예외적으로 가능하다는 방식으로 통일적으로 이해하면 족하다.[131] 인도네시아 민법 제1383조, 캄보디아 민법 제434조 제2항은 이를 잘 보여준다.[132]

---

130) 郭潤直(주 59), 247면; 김대정(주 3), 437면; 김상용(주 46), 419면; 김용덕 편(주 29), 77-78면(정준영 집필부분); 金容漢(주 34), 517면; 金疇洙(주 8), 449면; 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 金亨培(주 60), 666면; 송덕수(주 33), 427면; 양창수・김재형(주 23), 343-344면; 李太載(주 63), 266면; 張庚鶴(주 34), 503-504면; 玄勝鍾(주 34), 362면.

131) 於保不二雄(주 33), 353頁. 다만 논의의 실익이 크지는 않다. 통설적 견해에 입각하더라도, 채권자의 동의하에 제3자가 절대적 일신전속적 급부를 한 경우에는 채무자변경으로 인한 경개 및 그 변제가 이루어진 것이기 때문이다. 김소영(주 15), 19면 참조.

132) 인도네시아 민법 제1383조 직접 이행하여야 하는 계약은, 채무자 자신이 직접 이행하는 것에 이해관계를 갖는 채권자의 의사에 반하여 제3자가 이행할 수 없다.
캄보디아 민법 제434조 ② 채무의 목적이 제3자의 이행으로 달성될 수 없는 때에는, 제3자는 채권자의 동의 없이 그 채무를 이행할 수 없다.

일신전속적 급부의 사례로는 여러 학설과 판례를 통하여 논의된 예시들이 다수 존재하나, 본고의 주제의식과는 무관하여 생략하기로 한다. 다만, 채권자와 채무자 간 제3자 변제를 금지하기로 합의한 경우, 그 채무는 과연 일신전속적인 채무에 해당하는지가 문제된다. 현행 제469조의 규정하에서는 제1항 단서의 "당사자의 의사표시" 요건이 별도로 존재하므로 어차피 제3자 변제가 금지된다는 점에서 논의의 실익이 크지 아니하다.[133] 그러나 법 개정 시 이 부분은 쟁점이 될 수 있다.

생각건대 당사자 간의 합의만으로 채무의 성질이 일신전속적 채무로 바뀐다고 볼 수는 없다.[134] 입법자가 구태여 현행 제469조 제1항에서 "채무의 성질"과 "당사자의 의사표시"를 병렬적으로 위치시켰다는 사실은 이를 방증한다. 또한 일본 판례 중에는 저당권자가 채무자와 제3자의 변제를 거절할 것을 약속한 경우, 그 특약은 권리남용에 의하여 타인의 이익을 해하는 것을 목적으로 하는 합의이므로 무효라고 판시한 사안이 있다.[135] 만일 채무의 성질상 제한이라면 재판소가 무효로 돌릴 수 있는 법률행위가 아니라는 점에서, "당사자의 의사표시"가 "채무의 성질"과는 별개임을 뒷받침하는 사례라고 생각된다. 유사한 맥락에서 우리 대법원은 제449조 제2항의 채권양도금지특약의 효력에 관하여 이른바 '물권적 효력설'을 취하면서도, 그 특약이 제449조 제1항 단서의 "채권의 성질"과는 구별된다고 보고 있다.[136]

---

133) 郭潤直 編(주 28), 110면(金大彙 執筆部分).

134) 反對: 李銀榮(주 34), 709-710면은 "약정에 의한 일신전속적 채무" 개념을 긍정한다.

135) 大判昭和11(1936)年12月22日・法學6卷502頁（昭和11年(オ)第2171號）. 이에 찬동하는 견해로는 김용덕 편(주 29), 78-79면(정준영 집필부분); 金容漢(주 34), 517면; 張庚鶴(주 34), 504면 참조.

136) 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 보충의견 참조. 흥미롭게도 이른바 '채권적 효력설'을 주장한 위 판결 중 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견은 채권양도금지특약이 붙은 채권에 관하여 "성질상 양도가 제한되기는 하지만 그러한 제한이 채무자의 동

Ⅱ. 이해관계

1. 학설

“이해관계”의 해석과 관련하여, 통설은 이를 가능한 한 넓게 해석하여야 한다는 입장이다.[137] 제3자 변제로 인한 경제적 실익이 크고, 특히 금전채권의 경우 특정 당사자 간 결합이 약해 급부의 결과만이 중시되므로, 현행법은 입법론으로서는 비판받아야 한다는 것이 그 이유이다.[138] 나아가 일본의 학설 중에는 “채무자의 의사에 반하는 제3자의 변제를 제한하는 데에 이미 합리성이 인정되지 않는다고 한다면, 이해관계의 유무에 대하여 널리 해석하는 것은 해석상 문제가 없다.”라며,[139] 입법론이 아닌 현행법의 해석론으로도 “제3자가 변제한 경우에는 이해관계의 존재를 사실상 추정하고, 제3자의 변제가 사회적으로 보아 부정·부당한 목적 추구를 위한 방편이 되고 있다는 반증이 없는 한 채무자의 의사에 반하는 변제도 유효하다고 해석하는 것도 불가능하지는 않다.”라는 주장까지 존재한다.[140] 입법론으로서는 충분히 수긍이 가는 지적이나, 해석론으로서는 법문에 반하는 보정해석에 가까운 것이어서 의문이다.

한편 제481조의 “변제할 정당한 이익”과의 관계에 관하여는 학설의 대립이 있다.[141] 다수설은 이를 제469조 제2항의 “이해관계”와 같은

의로써 해소될 수 있는 경우”라고 한다.

137) 郭潤直 編(주 28), 116면(金大彙 執筆部分).

138) 양창수·김재형(주 23), 343면; 我妻榮(주 91), 204頁. 채권양도금지특약의 효력에 관하여 유사한 취지에서 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 중 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 노정희의 반대의견 참조.

139) 於保不二雄(주 33), 354頁.

140) 於保不二雄(주 33), 355頁.

141) 金容漢(주 34), 542-543면은 “정당한 이익”이란 지나치게 추상적인 규정으로서 그 범위가 애매하므로, 입법론적으로는 개별적 열거주의를 택하여야 한다고 하면서도(同旨: 西村信雄, “判例綜合研究-法定代位權(二·完)”, **民商法雜誌**, 第2卷第3號(1935. 9), 38-52頁, 磯村哲 編, **注釈民法(12)**(有斐閣, 1970), 340頁(石田喜久夫 執筆部分)에서 재인용), 해석론적 측면에서는 제482조를 기준으로 법정대위권자의 범위를 상당히 넓게

것으로 본다.[142] 이는 법정대위가 이해관계 있는 제3자 변제를 토대로 작동한다는 점에 터잡은 주장이다.[143] 그러나 "변제할 정당한 이익"이 "이해관계"에 포함되는 개념이라는 관점도 존재하고(이해관계 > 변제할 정당한 이익),[144] 역으로 "변제할 정당한 이익이 있는 자"에는 "이해관계를 가진 자"에 더하여 보증인과 연대채무자가 포함된다는 견해(이해관계 < 변제할 정당한 이익)도 있다.[145] 전자는 주로 이해관계를 폭넓게 해석하는 것이 바람직하다는 가치판단에 터잡은 것이나, 이는 근본적으로 보증인이나 연대채무자가 제469조의 "제3자"에 포함된다는 전제에 입각한 것으로서, 적어도 해석론의 측면에서는 후자가 더 설득력이 있다고 생각된다.[146]

해석하여야 한다고 한다.

142) 金容漢(주 34), 542면. 후술하듯 일본 민법 제474조가 종전의 "이해관계"라는 표현을 최근 개정을 계기로 "변제를 하는 것에 대하여 정당한 이익"이라는 표현으로 교체한 것은 이러한 사고에 입각한 것이다.

143) 山本宣之(주 12), 2475頁.

144) 郭潤直(주 59), 264면; 郭潤直 編(주 28), 116면(金大彙 執筆部分), 194면(李仁宰 執筆部分); 김대정(주 3), 438면; 김소영(주 15), 47면; 金容漢(주 34), 518면; 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 李銀榮(주 34), 708-709면; 於保不二雄(주 33), 354頁. 구 프랑스 나폴레옹 민법과 같이, 제3자 변제는 가능하면 허용하되 다만 변제자대위는 엄격하게 통제하자는 것이 그 취지이다.

145) 金疇洙(주 8), 469-470면; 黃迪仁(주 34), 215면. 郭潤直 編(주 28), 195-196면(李仁宰 執筆部分); 李銀榮(주 34), 708-709면은 연대채무자와 보증인은 채무자이지 제3자가 아니라고 하면서도, "이해관계"가 "변제할 정당한 이익"보다 넓다고 하는바, 모순적이다. 한편 김대정・최창렬(주 34), 367, 377-378면은 "이해관계"와 "변제할 정당한 이익"이 같다고 하면서도, 제481조의 "변제할 정당한 이익이 있는 자"에는 제469조의 "제3자"와는 달리 보증인이나 연대채무자 등도 포함되어 그 '적용범위'는 제469조보다 넓다고 하는바, 이 또한 논리적 일관성에 흠결이 있다고 생각된다.

146) 관련하여 諸哲雄, "구상관계와 변제자대위", **民事法學**, 第23號(2003. 3), 699면은 형식적으로 자기채무를 변제하였더라도, '종국적' 채무부담자가 아니어서 실질적으로는 타인의 채무를 변제한 경우를 변제자대위자라고 한다고 한다. 金基善(주 59), 298면은 보증인의 변제는 '실질적'으로 제3자의 변제이므로 변제자대위를 인정하여야 한다고 한다. 同旨: 山本宣之(주 12), 2475-2476頁. 그러나 '종국적', '실질적'의 기준이 무엇인지 의문이다. 한편 이진기(주 3), 606면은 보증채무자는 어디까지나

2. 판례

판례는 이해관계 있는 자를 "변제를 하지 않으면 채권자로부터 집행을 받게 되거나 또는 채무자에 대한 자기의 권리를 잃게 되는 지위에 있기 때문에 변제함으로써 당연히 대위의 보호를 받아야 할 법률상 이익을 가지는 자"로 국한하며,[147] "단지 사실상의 이해관계를 가진 자는 제외된다"라고 설시하고 있다.[148] 이해관계의 범위를 '법률상 이익'으로 협소하게 새김으로써 통설보다 강력한 제한을 가하는 것이다. 한편 우리나라와 일본의 판례는 "이해관계"를 제481조의 "변제할 정당한 이익"과 동일시하고 있다.[149]

우리 판례가 인정한 이해관계 있는 자의 사례로는 보증인,[150] 물상보증인,[151] 저당물의 제3취득자,[152] 저당물의 매수인,[153] 채무자 소유 부동

자신의 보증채무를 변제하는 것이기에 제469조 제2항의 "제3자"도, 제481조의 "변제할 정당한 이익이 있는 자"도 아니라고 본다.

147) 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다251 판결; 最判昭和39(1964)年4月21日・集民73号281頁（昭和37年(オ)第158号）.

148) 대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정.

149) 대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정; 大判昭和6(1931)年12月22日・法律新聞3365號11頁（昭和6年(オ)第2335號）.

150) 대법원 1996. 12. 6. 선고 96다35774 판결; 대법원 2000. 1. 21. 선고 97다1013 판결. 同旨: 大判昭和6(1931)年3月16日・民集10巻157頁（昭和5年(オ)第1591號）.

151) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결; 대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정; 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결; 대법원 2016. 2. 18. 선고 2012다3746 판결. 同旨: 大判昭和4(1929)年1月30日・法律新聞2945號12頁（昭和2年(オ)第933號）.

152) 제364조; 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1419 판결; 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다17774,90다17781(반소) 판결. 同旨: 大判大正9(1920)年6月2日・民錄26輯839頁（大正9年(オ)第351號）; 最判昭和39(1964)年4月21日・集民73号281頁（昭和37年(オ)第158号）.

153) 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다1888,1889 판결; 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다9903,9910 판결; 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다44620 판결; 대법원 2021. 9. 30. 선고 2017다278743 판결. 이에 관하여 이진기(주 3), 581면은 매수인의 경우에는 채무불이행책임과 하자담보책임, 계약해제 등의 방법으로 충분히 권리를 구제받을 수 있으므로 이러한 경우까지 이해관계 있는 제3자로 보는 것은 과하다고 한다. 한편 郭潤直編(주 28), 116면(金大彙 執筆部分)은 소유권유보부 매매에서의 매수인 또한 소유권

산의 후순위저당권자,[154] 부동산의 소유권을 회복할 지위에 있는 자,[155] 이행인수인,[156] 양도담보권자,[157] 양도담보권설정자,[158] 집합건물의 구분

취득에 대한 기대권을 갖는 자로서 이해관계 있는 제3자에 해당한다고 한다.

154) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다17341 판결. 同旨: 大決昭和7(1932)年8月10日・法律新聞3456號9頁（昭和6年(ク)第1607號）. 후순위담보권의 취득자에 관하여는 의정부지방법원 2019. 12. 11. 선고 2019가합51611 판결 참조. 양창수・김재형(주 23), 344면은, 선순위담보권자의 경우에도 후순위담보권의 실행으로 인하여 자신이 원치 아니하는 시기에 그 권리를 행사하여야 하는 불이익을 피하기 위하여 후순위담보권자의 피담보채권을 변제할 이해관계가 있다고 한다.

155) 서울고등법원 2012. 5. 3. 선고 2011나40726 판결. 당시 피고는 甲과의 사이에 사기로 인하여 체결한 부동산 교환계약에 따라, 甲이 지정한 乙에게 부동산 소유권이전등기를 마쳐주었다. 이후 乙을 주채무자, 丙을 근저당권자로 하는 근저당권설정등기가 경료되었고, 丙의 임의경매 신청에 따라 임의경매개시결정이 등기되었으며, 추가로 丁에게 설정해준 가등기담보권이 실행되어 丁 명의 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이에 피고의 며느리와 사돈이 원고에게 丙의 근저당권부채권의 변제를 통한 근저당권설정등기말소를 부탁하는 한편, 피고가 丁 명의 가등기에 의한 피담보채무를 직접 변제하여 丁으로부터 매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료받았고, 이후 원고의 변제에 따라 임의경매개시결정등기 또한 말소되었다. 법원은 피고가 부동산의 소유권을 회복할 지위에 있는 자로서 근저당권의 피담보채무를 변제할 정당한 이익이 있는 자에 해당한다고 판단하였고, 이 부분은 상고심인 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다43539 판결에서도 파기되지 아니하였다.

156) 대법원 2012. 7. 16.자 2009마461 결정.

157) 대법원 1981. 7. 28. 선고 80다1579 판결. 따라서 양도담보권자는 양도담보권설정자의 체납세금을 대납할 수 있다고 한다. 한편 이처럼 타인의 세금을 대납한 경우, 변제한 제3자가 조세채권을 대위행사할 수 있음에 관하여는 대법원 2009. 2. 26. 선고 2005다32418 판결 참조. 아울러 과거 조선고등법원 판례인 朝高判昭和2(1927)年4月12日・民錄14卷90頁 (昭和2年民上第3號)은 납세담보물상에 국가가 갖는 저당권은 대납자가 납세의무자에 대하여 갖는 구상권의 담보를 위하여 변제자대위 규정에 준하여 대납자에게 이전한다고 판시한 바 있다. 일본의 경우, 과거 大判明治37(1904)年12月8日・民錄10輯1564頁（明治37年(オ)第518號）은 국고에의 대위를 부정하였으나, 현재는 법개정으로 조세채권의 대위행사를 긍정하고 있다. 독일 판례인 BGHZ 75, 23, 24 f.는 타인의 세금을 대납한 자는 독일 민법 제268조에 따라 조세채권을 법정양도 받지만, 그 과정에서 채권의 성질이 공법상 채권에서 사법상 채권으로 변화한다고 한다.

158) 대법원 1980. 4. 22. 선고 79다1980 판결. 가등기담보 등에 관한 법률 시행 전의 양도담보 사안으로, 대외적 소유자인 양도담보권자가 자신의 채무를 담보할 목적으로 양도담보부동산에 관하여 자신의 채권자에게 소유권이전등기를 마쳐준 경우, 양도담보권설정자는 양도담보권자의 채무를 변제할 정당한 이익이 있다고 보았다.

소유자,[159] 타인채무 담보 목적 어음발행인,[160] 재개발구역 내 국공유지 점유 건축물 소유자인 조합원이 부담하는 시유지 매각대금의 분납금을 대납한 주택재개발조합,[161] 임금채권보장법 제7조에 따라 사업주를 대신하여 근로자에게 미지급 임금등을 지급한 근로복지공단,[162] 무효의 전부명령에 따른 전부채권자에게 악의·과실로 전부금을 변제한 후 전부채권자를 대위하여 경합압류채권자에게 그가 배당받아야 할 금원을 지급한 제3채무자,[163] 제3채무자의 집행채권자에 대한 전부금채무를 변제한 집행채무자[164] 등이 있고, 일본 판례의 사례로는 연대채무자,[165] 연대보증인,[166] 토지임차인 겸 건물소유자가 토지임대차계약상 차임을 연체하여 건물을 철거당할 위험이 있는 때의 건물임차인,[167] 임의경매에 따른 경락인[168]을 상대로 임차권을 대항할 수 없는 임차인,[169] 채무자의 유일재

159) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2012다3746 판결. 상가의 구분소유자는 공용부분에 대한 다른 구분소유자의 체납 관리비를 변제할 이해관계가 있다고 본 사례이다.

160) 대법원 1962. 2. 22. 선고 4294민상636 판결.

161) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다29137 판결.

162) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다13623 판결.

163) 대법원 1980. 9. 30. 선고 78다1292 판결.

164) 인천지방법원 1992. 10. 30. 선고 91가합15047 판결.

165) 大判昭和11(1936)年6月2日・民集15卷1074頁（昭和11年(オ)第528號）.

166) 大判昭和9(1934)年10月16日・民集13卷1913頁（昭和8年(オ)第2902號）.

167) 最判昭和63(1988)年7月1日・民集154号245頁（昭和62年(オ)第1577号）.

168) 현행 민사집행법에 따르면 “담보권 실행을 위한 경매에서의 매수인”이라고 하여야 한다. 그러나 이와 같은 무리한 순화(醇化)는 지나치게 급진적이고 오히려 이해를 어렵게 하는 측면이 있다. 특히 “매수인”이라는 용어의 경우, 비록 경매가 사법상 매매의 성질을 갖고 있기는 하나 다른 한편으로는 법원이 소유자의 의사와 관계없이 그 소유물을 처분하는 공법상 처분으로서의 성질도 겸유하고 있다는 점에서(대법원 2012. 11. 15. 선고 2012다69197 판결 참조), 법리적으로나 정책적으로나 심히 부당하다. 이에 이하 “임의경매”와 “경락인”이라는 표현을 사용하기로 한다. 同旨: 이시윤, **新民事執行法** 제8개정판(博英社, 2020), 34면.

169) 最判昭和55(1980)年11月11日・判例時報986号39頁（昭和55年(オ)第528号）. 이에 찬동하는 견해로는 張庚鶴(주 34), 526면 참조. 양창수·김재형(주 23), 353면은 담보물권에 열후하는 용익물권이나 임차권을 가진 자 일반은 변제할 정당한 이익을 갖는다고

산인 부동산에 피담보채무액이 그 부동산의 가액을 초과하는 저당권이 설정되어 있을 때의 무담보의 일반채권자,[170] 매도담보물의 제3취득자,[171] 연대보증인 소유 부동산을 매수하였으나 등기를 경료하지 아니하고 있는 사이에 그 부동산이 압류된 자,[172] 부동산을 증여받았지만 등기를 경료하지 아니하고 있는 사이에 등기명의자인 증여자가 저당권을 설정한 사안에서의 수증자[173] 등을 들 수 있다.

반면 판례가 이해관계를 부정한 사례로는 채무자의 단순채무자,[174] 가등기로 담보된 부동산을 강제경매를 통해 경락받은 자,[175] 조합채무에 있어서의 조합원,[176] 연립주택건설사업상 동업자,[177] 미등기매수인의 양도담보권자에게 중간생략등기를 마쳐준 매도인,[178] 물상보증인 소유 공동저당물의 후순위담보권자,[179] 담보권이 설정되어 있는 토지 지상의 건

본다. 郭潤直 編(주 28), 116면(金大彙 執筆部分) 또한 강제집행이 아직 개시되지 아니한 단계에서도 그 대상에 관하여 권리를 갖거나 점유하고 있는 제3자 일반에게 이해관계가 있다고 긍정한다.

170) 大判昭和13(1938)年2月15日・民集17卷179頁（昭和12年(オ)第1572號）. 丙에게 1,800엔의 채무를 부담하는 乙이 丙에게 저당권을 설정해주고 그 특약으로 변제기에 변제할 수 없는 때에는 대물변제로서 시가 7,000 내지 8,000엔 상당의 乙의 유일재산인 건물의 소유권을 이전하여주기로 약정한 사안에서, 乙에 대한 일반채권자인 甲으로서는 우선담보채권자인 丙이 권리를 실행할 경우 변제를 받을 수 없게 되므로, 乙의 丙에 대한 채무를 변제할 정당한 이익이 있다고 본 사례이다. 이에 찬동하는 견해로는 金容漢(주 34), 543면; 金曾漢・金學東(주 61), 366면; 金亨培(주 60), 704면; 양창수・김재형(주 23), 353면.

171) 大判大正9(1920)年6月2日・民錄26輯839頁（大正9年(オ)第351號）.

172) 大判昭和17(1942)年5月21日・法學12卷135頁（昭和16年(オ)第1225號）.

173) 東京高判昭和43(1968)年10月24日・金融法務事情530号24頁（昭和43年(ネ)第107号）.

174) 서울고등법원 2017. 8. 25. 선고 2017나2017175 판결.

175) 서울고등법원 1987. 9. 8. 선고 86나3671 판결.

176) 서울고등법원 2015. 7. 23. 선고 2014나2048031 판결(대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다233098 판결로 상고기각・확정). 한편 郭潤直 編(주 28), 116면(金大彙 執筆部分)은 사단법인・회사의 채무에 대하여 그 지분을 가진 구성원은 이해관계 있는 제3자라고 한다.

177) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카24834 판결.

178) 대법원 1971. 3. 23. 선고 71다240,241 판결.

물 소유자로서 그 담보권에 대항할 수 있는 법정지상권을 취득한 자,[180] 무효의 전부명령에 따른 전부채권자에게 선의·무과실로 전부금을 변제한 후 전부채권자를 대위하여 경합압류채권자에게 그가 배당받아야 할 금원을 지급한 제3채무자[181] 등이 있으며, 일본 판례 사례로는 가족지간,[182] 이해관계 있는 제3자로부터 변제를 부탁받은 자,[183] 타인의 인장을 부정사용하여 담보부동산을 취득한 제3자,[184] 차임 연체로 토지임대차계약이 해지된 후의 지상건물의 매수인,[185] 채무자인 회사가 해산할 무렵에 설립된 분할신설회사[186] 등이 있다.[187]

3. 검토

다양한 학설과 판례를 통하여 알 수 있는 사실은 "이해관계"라는 기준이 지극히 모호하다는 것이다. 이 추상적인 준거를 구체화하기 위하여 판례는 이를 "법률상 이익"으로 협소하게 풀이한다. 그러나 법문

---

179) 대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정. 임의경매로 담보가등기가 말소되어도, 선순위 공동저당권에 물상대위가 가능하기 때문이다.

180) 서울고등법원 1987. 6. 5. 선고 86나4679 판결. 이 부분은 상고심인 대법원 1988. 10. 24. 선고 87다카1644 판결에서도 파기되지 아니하였다. 반면 담보권에 대항할 수 없는 지상권자는 이해관계 있는 제3자라는 점에 관하여는 일본의 大判大正7(1918)年5月18日・民錄24輯984頁（大正6年(オ)第1053號） 참조.

181) 대법원 1980. 9. 30. 선고 78다1292 판결.

182) 大判昭和14(1939)年10月13日・民集18卷1165頁（昭和14年(オ)第13號）. 채무자의 아내와 제3자의 아내가 자매라는 것만으로는 이해관계가 있다고 할 수 없다고 보았다.

183) 大判昭和6(1931)年12月22日・法律新聞3365號11頁（昭和6年(オ)第2335號）.

184) 大判昭和17(1942)年5月29日・法學12卷138頁（昭和17年(オ)第282號）.

185) 大判昭和14(1939)年11月27日・法律新聞4510號12頁（昭和14年(オ)第699號）.

186) 最判昭和39(1964)年4月21日・集民73号281頁（昭和37年(オ)第158号）.

187) 이러한 판례의 "이해관계" 해석론에 관하여는 주로 그것이 너무 협소하다는 비판이 많으나, 이진기(주 3), 582-583면은, 판례는 이미 최대한 이해관계를 넓게 인정하고 있으며, 이를 비판하는 것은 더 이상 '해석론'의 영역이 아닌 '입법론'의 영역이라고 한다.

어디에서도 ‘법률상 이익’과 ‘사실상 이익’이라는 이분법적 구도를 채용하고 있지 않은 상황에서 이를 함부로 축소해석하는 것이 정당한지 의문이다. 실제로 이러한 이유로 학설 중에서는 법률상의 이해관계뿐만 아니라 사실상·경제적인 이해관계를 가진 자도 포함된다는 주장도 있다.[188] 그러나 이러한 점을 차치하더라도, 더 큰 문제는 법원이 제시한 기준이 애초에 명확하지 않다는 것이다. 아래에서 검토할 세 가지 사례는 이른바 ‘법률상 이익론’이 명확한 기준이 될 수 없음을 보여주는 대표적인 예이다.

가. 후순위담보권자

우리 판례는 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자에 대하여는 선순위저당권의 피담보채무를 변제할 이해관계가 있다고 보면서도,[189] 물상보증인 소유 부동산의 후순위담보권자에 대하여는 이를 부정한다.[190] 양자 간의 차이에 관하여 판례는 ‘물상보증인 소유 부동산이 임의경매될 경우, 물상보증인은 변제자대위에 의하여 채무자나 다른 물상보증인 소유 부동산에 대한 선순위저당권을 취득하고, 후순위담보권자는 그 선순위저당권에 물상대위를 할 수 있다’고 그 이유를 설명한다. 그런데 다른 한편으로 판례는, 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 제482조 제2항 제2호의 “제3취득자”에 해당하지 아니하므로 “보증인”에 대하여 변제자대위가 가능하다고 보고 있고,[191] 제482조 제2항의 “보증인”에는 물상보증인이 포함된다고 한다.[192] 요컨대 물상보증인 소유 부동산

188) 金曾漢·金學東(주 61), 348면.
189) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다17341 판결.
190) 대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정.
191) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결.
192) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결.

의 후순위담보권자가 물상보증인의 변제자대위권에 물상대위할 수 있다면, 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인에 대하여 직접 변제자대위를 할 수 있는 것이다. 그렇다면 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자야말로 선순위저당권을 변제할 이해관계가 없는 것 아닌가?

판례의 모순적 태도는 후순위저당권자가 소멸시효를 원용할 직접수익자에 해당하는지 여부에 관한 설시와 비교함으로써도 명징할 수 있다. 판례는 후순위저당권자의 선순위저당권의 피담보채권 소멸로 인한 담보권 순위 상승과 배당액 증가에 대한 기대는 "반사적 이익"에 그친다는 이유를 들어 후순위저당권자는 선순위저당권의 피담보채권의 소멸시효를 원용할 직접수익자에 해당하지 아니한다고 본 바 있다.[193] 이는 일본 판례에서의 설시를 그대로 반복한 것인데, 당시 '저당부동산의 제3취득자와 후순위저당권자는 동렬(同列)에서 논하여야 한다'는 상고이유에 관하여 최고재판소는 '제3취득자는 피담보채권이 소멸하면 저당권이 소멸하여 소유권을 달성할 수 있는 관계에 있어 소멸시효를 원용할 수 없다고 하면 저당권이 실행됨으로써 부동산의 소유권을 상실하는 불이익을 입을 수 있는 반면, 후순위저당권자가 선순위저당권의 피담보채권의 소멸시효를 원용함으로써 받을 수 있는 이익은 저당권 순위 상승에 의하여 초래되는 반사적인 이익에 불과하고, 또한 소멸시효를 원용할 수 없다고

193) 대법원 2021. 2. 5. 선고 2016다232597 판결. 이 판결에 관하여는 비판하는 견해가 다수 존재한다. 권영준, "2021년 민법 판례 동향", **서울대학교 法學**, 제63권 제1호(2022. 3), 246-254면; 양창수, "후순위저당권자는 소멸시효 원용할 수 없는가? - 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결 -", 법률신문 (2021. 5. 3), https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=169678&kind=CC01&key= (2023. 1. 31. 최종 확인); 윤태영, "소멸시효 원용권자의 범위 - 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결 -", **財產法硏究**, 第38卷 第2號(2021. 8), 1-21면; 이계정, "[2021년 분야별 중요판례분석] (3) 민법(上)", 법률신문 (2022. 1. 27), https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=175945 (2023. 1. 31. 최종 확인) 참조. 반면 지지하는 견해로는 서종희, "시효원용권자의 범위 판단 기준에 대한 재고 -일본의 학설과 판례와의 비교를 중심으로", **사법**, 통권 제57호(2021. 9), 298-299면 등 참조.

하더라도 저당부동산의 가격에서 저당권의 종전 순위에 따라 변제를 받을 후순위저당권자의 지위가 훼손되는 것은 아니다'라는 이유를 들어 상고를 기각하였다.[194] 즉, 판례의 입장을 요약하자면 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 선순위저당권의 피담보채무를 '변제'할 '이해관계'는 있지만 '소멸시효'를 원용할 '직접적 이익'은 없다는 것이다.[195] 판례가 일반론으로서 취하는 절대적 소멸설에 따르면[196] '변제'와 '소멸시효 완성'은 대등한 채권의 소멸사유라는 점에서, 두 판결 간 차이의 원인이 무엇인지 의문이다.[197]

나. 체납처분에 의하여 압류된 부동산에 대한 강제집행채권자

강제집행의 목적물에 체납처분에 의한 압류가 되어있어 이를 해제하기 위하여 강제집행채권자가 세금을 대납할 경우에는 어떠한가?[198] 집행에 관한 이의신청(민사집행법 제16조) 또는 승계집행문부여신청(민사집행법 제31조)의 방식으로도 강제집행이 가능한 상황에서, 체납된 세금을 대신 납부할 이해관계가 있다고 할 수 있는가?

일본 판례 중에는 심급별로 상이한 결론을 내린 사례가 있다. 원심은

194) 最判平成11(1999)年10月21日・民集53巻7号1190頁（平成9年(オ)第1771号）.

195) 참고로 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다12785,12792 판결은, 말소된 선순위저당권설정등기의 회복등기는 후순위저당권자의 '권리의 실현' 또는 '법률상 지위'를 침해한다는 이유로, 민사소송법 제79조 제1항 후단의 사해방지참가를 허용한 바 있다.

196) 대법원 1966. 1. 31. 선고 65다2445 판결.

197) 권영준(주 193), 253-254면.

198) 우리 판례는 타인의 조세채무를 대납하기 위하여는 대납할 정당한 이익이 있어야 한다는 입장이다. 대법원 1981. 7. 28. 선고 80다1579 판결 참조. 반면 일본의 경우 과거에는 우리 판례와 유사하게 이해관계 없는 제3자는 납세자의 의사에 반하여 타인의 조세채무를 대납할 수 없다고 보았지만(東京高判昭和37(1962)年12月20日・下民集13巻12号2517頁（昭和36年(ツ)第99号）), 현재는 일본 국세통칙법(国税通則法) 제41조에서 이해관계의 존부와 무관하게 누구든지 타인의 세금을 대납할 수 있되, 다만 이해관계 없는 제3자는 납세자의 의사에 반하여 변제자대위를 할 수 없도록 규정하고 있다. 金載亨, "조세채권과 변제자대위", **저스티스**, 通卷 第110號(2009. 4), 31면 참조.

“다른 구제수단이 있다고 해서 즉시 법률상의 이해관계가 없다고 속단할 수 없다.”라고 설시하며 강제집행채권자를 “간접적인 이해관계” 있는 제3자로서 긍정한 반면,[199] 상고심은 대안이 있음을 들어 법률상 이해관계를 부정한 것이다.[200]

다. 가족지간

전술한 바와 같이 일본 판례는 가족지간이라는 점만으로 변제할 이해관계가 있다고 할 수는 없다는 입장이다.[201] 그러나 이러한 태도는 일반화될 수 없다. 예컨대 직계비속과 같이 장래에 채무를 상속할 가능성이 있는 자가 잠재적 피상속인의 채무를 변제하는 것이나, 무자력의 성년인 자(子)가 불법행위를 범한 때 그 직계존속이 손해배상채무를 대신 이행하는 것을 과연 이해관계 없는 제3자의 변제라고 볼 수 있는가?[202]

관련하여 우리 판례는, 제2차 부양의무자(제974조 제1호, 제975조)는 제1차 부양의무자(제826조 제1항)보다 후순위로 부양의무를 부담한다고 보면서도, 제2차 부양의무자는 당연히 피부양자의 치료비를 변제할 이해관계가 있다는 전제하에 별다른 설시 없이 이를 변제한 제2차 부양의무자는 제1차 부양의무자에 대하여 구상권을 갖는다고 본 바 있다.[203] 가족지간을 도덕의 영역으로 파악할지 친족상속법의 영역에서 바라볼지에 따라 결론은 달라질 수 있는 것이다.

---

199) 東京地判昭和36(1961)年5月12日・判例時報260号19頁（昭和35年(レ)第560号）.

200) 東京高判昭和37(1962)年12月20日・判例タイムズ142号129頁（昭和36年(ツ)第99号）. 당시 일본 구 민사소송법 제393조 제1항(현행 일본 민사소송법 제331조 제1항)에 따라 최고재판소가 아닌 고등재판소가 상고심을 담당한 사례이다.

201) 大判昭和14(1939)年10月13日・民集18巻1165頁（昭和14年(オ)第13號）.

202) 郭潤直 編(주 28), 117면(金大彙 執筆部分).

203) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결.

라. 소결론

요컨대 “이해관계”라는 현행법의 기준은 지극히 모호하며, 판례의 해석론 또한 지나치게 협소하면서도 혼동을 초래하는 측면이 있다. 학설들이 공히 현행 규정을 입법론의 측면에서 비판하는 이유이다.[204]

Ⅲ. 의사

제469조는 제1항과 제2항에 걸쳐 당사자의 의사에 의한 제3자 변제의 제한을 규정하고 있다. 제1항은 채권 발생의 기초된 법률관계를 바탕으로 제3자 변제를 제한한다. 계약으로 발생된 채권은 계약으로, 단독행위로 발생된 채권은 단독행위로 제3자 변제를 제한하는 것이다. 반면 제2항은 오로지 채무자의 반대에 의한 제3자 변제의 제한에 관한 규정이다.

제1항과 관련하여는 해석론적 쟁점은 거의 없거나 있더라도 제2항의 제한과 중첩된다. 따라서 이하에서는 제2항의 의사에 의한 제한을 중심으로 검토한다.

1. 학설

학설은 적어도 일반론으로는 주로 채무자의 반대의사의 표현 방식을 폭넓게 인정하는 태도를 보이고 있다. 즉, 채무자의 의사는 채권자 또는 제3자에 대하여 미리 적극적으로 표시될 필요는 없고,[205] 심지어 제3자가 이를 몰라도 무방하며, 제반사정에 비추어 인정할 수 있으면 족하다고 한다.[206] 다만, 그러한 경우에도 채무자의 반대의사는 이를 이유로 변

---

204) 金龍潭 編(주 57), 168면(鄭晙永 執筆部分); 金曾漢・金學東(주 61), 348면.

205) 反對: 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 金炯錫(주 8), 340면; 양창수・김재형(주 23), 344면; 李銀榮(주 34), 708면.

206) 郭潤直(주 59), 248면; 郭潤直 編(주 28), 114면(金大彙 執筆部分); 金基善(주 59), 276면; 김용덕 편(주 29), 81면(정준영 집필부분); 金容漢(주 34), 518면; 金亨培(주 60), 667면; 李太載(주 63), 267면; 李好珽(주 59), 170면; 張庚鶴(주 34), 504면; 池元林(주

제의 무효를 주장하는 자가 부담한다고 한다.[207] 이는 본조에 관하여 입법론적 의문이 제기됨을 감안하여 실제 해석·적용 시에는 채무자의 의사에 의한 제한을 신중하게 인정하고자 하는 것이다.[208]

2. 판례

우리 판례는 "이해관계 없는 제3자의 변제가 채무자의 의사에 반하는지의 여부를 가림에 있어서 채무자의 의사는 제3자가 변제할 당시의 객관적인 제반사정에 비추어 명확하게 인식될 수 있는 것이어야 하며, 함부로 채무자의 반대의사를 추정함으로써 제3자의 변제효과를 무효화시키는 일은 피하여야 할 것이다." 라는 설시를 이어오며,[209] 반증이 없는 한 제3자 변제는 채무자에게 유익한 것으로 추정된다고 한다.[210] 일본 판례는 과거에는 채무자의 반대의사의 부존재의 입증책임을 변제한 제3자에게 지우며,[211] 채무자가 반대의사를 채권자나 제3자에게 실제 표현하지 아니하여 제3자가 이를 모르는 상태에서 변제하였더라도 이는 채무자의 의사에 반하는 변제에 해당하여 무효라고 본 바 있다.[212] 그러나

---

113), 969면; 玄勝鍾(주 34), 363면. 金疇洙(주 8), 450면; 송덕수(주 33), 428면은 채무자의 반대의사는 '명시적'으로 표시될 필요는 없으나, 반대의사의 존재를 인정하기 위하여는 이를 인식할 수 있는 명확한 '객관적'인 사정이 있어야 한다고 한다.

207) 郭潤直(주 59), 248면; 김대정(주 3), 454면; 김상용(주 46), 420면; 金容漢(주 34), 519면; 金疇洙(주 8), 450면; 金曾漢·金學東(주 61), 348면; 송덕수(주 33), 428면; 이진기(주 3), 583면; 李太載(주 63), 267면; 張庚鶴(주 34), 504면; 池元林(주 113), 969면; 玄勝鍾(주 34), 363면; 於保不二雄(주 33), 354頁.

208) 郭潤直 編(주 28), 114면(金大彙 執筆部分); 김상용(주 46), 420면.

209) 대법원 1988. 10. 24. 선고 87다카1644 판결; 대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결 등.

210) 대법원 1961. 11. 9. 선고 4293민상729 판결. 따라서 제3자 변제는 원칙적으로 일종의 사무관리에 해당한다고 한다.

211) 大判大正6(1917)年10月18日・民錄23輯1662頁（大正6年(オ)第464號）.

212) 大判昭和6(1931)年12月22日・法律新聞3365號11頁（昭和6年(オ)第2335號）.

이후 점진적으로 제3자에 유리하게 태도를 변경하면서, 제3자 변제는 원칙적으로 채무자의 의사에 반하지 않는 것으로서 유효한 것으로 추정하게 되었다.[213] 다만 이해관계 없는 제3자의 변제는 일부 연대채무자의 의사에 반하지 아니하더라도, 다른 연대채무자의 의사에 반하면 그 자에 한하여는 무효라고 한다.[214]

3. 검토

"의사"에 의한 제한에 있어서 학설과 판례는 "이해관계"에 의한 제한과 정반대의 양상을 보이고 있다. 즉, "이해관계"에 의한 제한에 있어서는 판례가 엄격한 태도를, 학설이 느슨한 태도를 보이는 것과 달리, "의사"에 의한 제한에 있어서는 판례는 가능한 한 제3자에게 유리한 해석을, 학설은 제3자에게 다소 불리한 입장을 견지하는 것이다.

생각건대 채무자가 적어도 변제가 이루어지기 전에 명시적으로 반대를 표하지 아니하는 한 이는 반대가 있다고 보아서는 아니 될 것이다. 이를 부정할 경우, 사실상 채무자의 의사에 따라 변제의 유무효가 달라지게 되어 거래안전을 현저히 해할 우려가 있기 때문이다.

그러나 이러한 해석론은 임시방편일 뿐, 여전히 문제는 잔존한다. 예컨대 채무자가 채권자에게 제3자 변제를 반대한다는 의사를 미리 밝혔는데, 이후 제3자가 변제할 때 채권자가 그 사실을 고지하지 아니하였다면 이는 어떻게 볼 것인가? 이러한 경우, 궁극적인 책임 소재를 일반론적으로 논하기에는 힘든 측면이 있다.

---

213) 大判昭和9(1934)年9月29日・法律新聞3756號7頁（昭和9年(オ)第1024號）; 最判昭和38(1963)年11月15日・民集69号215頁（昭和37年(オ)第272号）. 大判昭和9(1934)年5月12日・法律新聞3702號12頁（昭和9年(オ)第59號）는 경개가 채무자의 의사에 반한다는 것 또한 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다고 한다.

214) 大判昭和14(1939)年10月13日・民集18卷1165頁（昭和14年(オ)第13號）.

Ⅳ. 소결: 현행 민법 규정의 문제점

이상 살핀 바와 같이, 현행 제469조 소정의 제3자 변제의 제한 중 상대적으로 명백한 기준은 채무의 성질과 당사자의 의사표시에 의한 제한뿐이다. 이른바 “이해관계”에 따른 분류의 경우, 어색한 운용으로 인한 거래안전의 손상이라는 부작용이 오히려 예상된다. 해석론을 넘어선 입법론적 접근이 필요한 이유이다.

제3장 이해관계 없는 제3자 변제 제한의 당부

제3자 변제에 관한 현행 제469조의 규정이 대단히 모호한 기준을 채택하고 있음은 앞서 살핀 바와 같다. 그러나 그것만으로 법 개정의 당위를 도출하기에는 부족한 측면이 있다. 지난 70여 년간 제3자 변제에 관한 국민의 법인식이 확고히 축적된 상황에서,[215] 섣불리 이를 개정하였다가는 그로 인한 혼란이 심대할 것임은 자명하기 때문이다. 이에 본장에서는 현행법의 입법취지 및 실무상 손익을 법정책적 관점에서 돌아보고, 외국에서는 이에 대하여 어떻게 대응하고 있는지를 살펴 향후 개정의 방향을 도출하고자 한다.

제1절 이해관계 없는 제3자 변제 제한의 이념 및 취지

Ⅰ. 현행 민법의 연혁

1957년 6월 17일 국회 민의원에 제출된 정부제출 민법안(의안번호 030318)[216]에 대하여는 1958년 2월 22일 법률 제471조로 공포되기까지 여러 부분에서 수정이 있었다. 하지만 제3자 변제 및 변제자대위와 관련하여는 달리 토론이 없었던 것으로 보인다.

현행 제469조에 대응하는 1957년 민법안 제460조는 동일한 내용을 규

215) 1912년의 조선민사령 제정·시행 시점부터 기산하면 100년이 넘는 시간이다.
216) 이하 '1957년 민법안'이라 한다.

정하고 있었는데,[217] 당시 독일 민법 제267조, 스위스 채무법 제68조, 프랑스 민법 제1236조와 제1237조, 대만 민법 제311조, 만주 민법 제456조 등을 참고하면서도 입법의견이나 비판, 심의경과에 대하여는 아무런 언급 없이 "현행법[의용민법] 제474조에 동일취지이다."라고만 하고 있다.[218] 이러한 모습은 임의대위와 관련하여도 크게 다르지 않다. 현행 제480조에 상응하는 1957년 민법안 제471조는 오늘날과 사실상 같은 내용을 규정하면서,[219] 비교 대상으로 당시 독일 민법 제268조 제3항, 프랑스 민법 제1249조, 대만 민법 제313조, 만주 민법 제468조를 들 뿐, 근본적으로 "현행법[의용민법] 제499조와 동일취지이다."라고만 밝힐 뿐이다.[220] 실제로 우리의 제469조, 제480조, 제481조는 내용적으로 일본의 2017년 개정 전 메이지 민법 제474조, 제499조, 제500조 및 만주 민법 제456조, 제468조, 제469조와 정확히 동일하다.

요컨대 현행 민법상 제3자 변제 및 변제자대위에 관한 규정은 우리 입법자의 창작물이 아닌 의용민법의 습작에 불과하다. 따라서 그 입법취지는 일본 메이지 민법의 입법과정을 살피지 않고서는 알 수 없다.

Ⅱ. 일본 민법의 연혁

1. 보아소나드 민법 재산편[221]

217) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編, **民法案 審議錄 上卷**(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 1957), 275-276면.

218) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 276면.

219) 제2항에서 준용하는 채권양도 대항요건 조문의 위치가 현행 민법과 달리 제441조 내지 제443조라는 차이가 있을 뿐이다. 제441조는 1957년 민법안에 대한 국회 심의 과정에서 준용 대상으로 추가되었다.

220) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 282면.

221) Boissonade가 기초한 초안을 바탕으로 법률취조위원회(法律取調委員會)의 심의를 거쳐 1890년 10월 7일 1890년 법률 제28호로 공포되어 1893년 1월 1일 시행될 예정이었으나, 법전논쟁을 거치는 과정에서 시행이 연기되었다가 결국 폐지되었다. 아래 제

제452조 ① 변제는 채무자 또는 공동채무자 중 1인에 의하여 유효하게 이루어지는 것 이외에 보증인 또는 저당물을 소지하는 제3자와 같이 부수적 의무자에 의하여 유효하게 이루어질 수 있다. ② 또한 변제는 이해관계 없는 제3자로부터 채무자의 이름으로 또는 자기의 이름으로 이루어질 수 있다. 제453조 ① 이해관계를 갖는지를 불문하고 제3자의 변제가 유효하기 위하여는 채권자의 승낙을 요하지 아니한다. 다만 하는 채무에 관하여 채권자가 특별히 채무자의 일신에 착안한 때에는 그러하지 아니하다. ② 또한 채무자의 승낙도 필요하지 아니하다. 다만 이해관계를 가지지 아니하는 제3자의 변제에 대하여는 채무자 또는 채권자가 승낙할 것을 요한다. 제454조 ① 변제한 제3자는 법률 또는 합의에 따라 채권자의 권리에 대위할 경우 외에는 그 권리에 기초하여 아래의 구별에 따라 채무자에 대하여 구상권을 갖는다. ② 제3자가 위임을 받은 때에는 그 권한의 범위 내에서 변제한 전액을 위한 구상권을 갖는다. ③ 사무관리로 변제한 때에는 변제한 날에 채무자에게 이득이 되는 유익의 한도에 따라 구상권을 갖는다. ④ 채무자의 뜻에 반하여 변제한 때에는 구상한 날에 채무자를 위하여 존재하는 유익의 한도가 아닌 한 구상권을 갖지 아니한다. 제479조 ① 대위로써 제3자가 행한 변제는 채권자에 대하여 채무자에게 의무를 면하게 하며, 그 채권 및 이에 대하여 붙은 담보와 효력을 그 제3자에게 이전한다. 다만 경우에 따라 제3자가 갖는 사무관리 또는 대리의 소권을 방해하지 아니한다.

452조 내지 제454조, 제479조 내지 제482조는 Boissonade가 기초한 재열민법초안상 제473조 내지 제475조, 제501조 내지 제504조에 각각 대응한다. ボアソナード, **再閲民法草案: 第二十八册**(出版者不明, 出版年不明), 22-27면; ボアソナード, **再閲民法草案: 第三十册**(出版者不明, 出版年不明), 1-9면 참조.

② 대위는 아래의 구별에 따라 채권자 또는 채무자가 이를 허락하거나 법률로써 이를 부여한다.

제480조 채권자가 허여한 대위는 수취증서에 이를 명기하지 아니하면 유효하지 아니하다. 다만 제3자가 변제에 관하여 이해관계가 있는지 없는지 구별을 요하지 아니하고, 또한 자기의 이름으로 변제하였는지 채무자의 이름으로 변제하였는지 구별을 요하지 아니한다.

제481조 ① 채무자는 그 채무의 변제에 필요한 금액 또는 유가물을 자기에게 대여한 제3자로 하여금 채권자의 승낙 없이 그 권리를 대위하게 할 수 있다.

② 위의 경우에 차용증서에는 그 금액 또는 유가물의 용법을 기재하고, 수취증서에는 그 출처를 기재한다.

③ 공정증서 또는 사서증서가 아니면 다른 제3자에 대하여 위의 행위의 증거로 삼는 것을 허하지 못한다.

④ 그렇지만 차용과 변제 간 부당한 장기간이 경과한 때에는 재판소는 대위가 성립하지 아니함을 선고할 수 있다.

제482조 대위는 아래의 자의 이익을 위하여 당연히 성립한다.

1. 타인과 함께 또는 타인을 위하여 의무를 부담함에 따라 그 의무를 변제함에 있어 이해관계 있는 자 및 선취특권 또는 저당권의 부담이 있는 재산의 제3소지자로서 타인의 의무를 변제함에 있어서 이해관계 있는 자
2. 또는 저당소권을 예방하기 위하여 또는 부동산 압류 또는 계약해제의 청구를 중지하기 위하여 다른 채권자에게 변제한 채권자
3. 자기의 재산으로써 상속채무의 전부 또는 일부를 변제한 선의의 표현상속인

불법계 보아소나드 민법은 여러모로 프랑스 나폴레옹 민법 제1236조, 제1237조와 유사한 조문들을 갖고 있었다.[222] 보아소나드 민법 제452조

222) 제도취조국(制度取調局) 장관 에토 신페이(江藤新平)가 나폴레옹 민법의 번역을 담당한 미츠쿠리 린쇼(箕作麟祥)에게 “오역(誤譯)도 괜찮으니 오직 속역(速譯)만 하라”

는 제1항에서 보증인, 저당물 소지자 등을 이해관계 있는 제3자로 분류하여 그에 의한 변제의 유효함을 명언함과 함께, 제2항에서는 이해관계 없는 제3자 또한 변제할 수 있음을 규정하였다. 또한 보아소나드 민법 제453조는 일신전속적인 하는 채무가 아닌 한 이해관계 있는 제3자는 당사자들의 반대에도 불구하고 변제할 수 있고, 이해관계 없는 제3자는 채권자나 채무자 중 1인의 승낙을 얻으면 타방의 반대에도 불구하고 변제할 수 있도록 하였다.

사후구상에 관하여는 보증인, 연대채무자의 구상권과 같이, 세세한 조문을 구비하고 있었다. 보아소나드 민법 제454조는 채무자와 제3자 간의 내부관계를 위임,[223] 사무관리, 채무자의 의사에 반하는 경우로 대별하고, 각 경우에 구상의 범위를 명시하였다. 특기할만한 것은 사무관리와 채무자의 의사에 반하는 변제의 경우이다. 두 경우 모두 유익비상환청구가 가능하도록 규정하였지만, 유익비의 판단 시점이 사무관리의 경우에는 변제일, 채무자의 의사에 반하는 경우에는 구상일을 각 기준으로 하고 있다. 우리의 제444조 제1항 및 제2항과 유사한 지점이다.

한편 보아소나드 민법 제479조는 강력한 변제자대위권을 보장하며 법정대위와 임의대위의 이원적 구성을 취하였다. 보아소나드 민법 제480조와 제481조는 각 채권자와 채무자의 주도에 의한 임의대위를 규정하였으며, 제482조는 연대채무자, 보증인, 저당물의 제3취득자, 경매실행을 방지하기 위하여 대신 변제한 자 등을 '이해관계를 갖는 자'로 분류하여 이들에게 법정대위권을 부여하고 있다.

고 명할 정도로, 당시 메이지 정부는 프랑스법의 수입을 서둘렀다. 鄭鍾休, **日本法**(新潮社, 2011), 21-23면 참조.

223) 보아소나드가 작성한 재열민법초안상으로는 "대리"라고 표현되어 있었으나, 이는 당시 '위임'과 '대리'의 구별이 명확하지 못한 것에서 기인한 것이라고 한다. 渡邊力(주 11), 189号(2001), 241頁 참조.

요컨대 일신전속적 채무가 아닌 한 이해관계 있는 제3자는 누구든지 변제 및 그에 따른 법정대위를 할 수 있었고, 이해관계 없는 제3자는 채권자 또는 채무자 중 일방의 동의만 있다면 변제 및 그에 다른 임의대위가 가능한 체제였다. 보다 자세한 내용은 보아소나드 민법이 계수한 프랑스의 나폴레옹 민법 부분에서 상술하기로 한다.

특이한 것은 변제자대위에 관한 오늘날의 이해와는 달리, 당시 일본인들은 '변제자대위' 그 자체를 '대위에 의한 구상권', 즉 구상권의 일종으로 보았다는 점이다. 이는 후술할 나폴레옹 민법의 영향으로 보인다. 보아소나드 민법 해설서는 "변제에 대하여 이해관계 있는 제3자가 변제한 경우에는 법률상 당연히 채권자의 권리를 대위하고, 이해관계 없는 제3자라도 당사자의 일방과의 합의가 있으면 변제에 의하여 채권자를 대위할 수 있다. 이 경우에는 변제한 제3자는 대위에 의하여 채권자가 가진 채무자에 대한 채권(원채권)을 행사할 수 있으므로, 개별 구상권을 문제삼을 필요는 없다."라고 하고 있는데,[224] 이는 당시 입법자들이 보아소나드 민법 제479조 이하에서 정하는 변제자대위권을 구상권의 일환으로 보고, 제454조 소정의 구상권은 변제자대위권이 없을 때에 비로소 인정되는 보충적인 성격으로 이해하였다는 것을 보여준다.[225]

2. 메이지 민법

2017년 개정 전의 메이지 민법 제474조, 제499조, 제500조는 우리의 제469조, 제480조, 제481조와 정확히 같은 내용을 규정하고 있다.

가족법이 위주가 된 법전논쟁 과정에서 변제 영역은 상대적으로 자유

---

224) 磯部四郎, **民法[明治23年]釋義 · 財產編第貳部人權及ヒ義務(下)** 復刻版(信山社, 1997), 1968-1971頁, 渡邊力(주 11), 189号(2001), 241頁에서 재인용; 井上正一, **民法[明治23年]正義 · 財產編 · 第貳部卷之貳** 復刻版(信山社, 1995), 16-21頁.

225) 渡邊力(주 11), 189号(2001), 241頁.

로웠지만,[226] 제3자 변제 및 변제자대위에 관한 규정들은 일응의 수정을 면하지 못하였다.[227]

제3자 변제에 있어서 변화된 부분을 살펴보면, 메이지 민법 제474조 제1항은 우선 일신전속적 급부의 범위를 '하는 채무'에 국한하지 아니하는 방향으로 일반조항화하였다. 또한 종전과 달리 이해관계 유무를 불문하고, '당사자의 반대의 의사표시'가 있는 때에는 제3자 변제가 원천적으로 봉쇄되게 되었다. 이는 구 보아소나드 민법 제453조 제1항 단서에서 하는 채무만을 일신전속적 급부로 규정한 것을 "결점"이라고 보았던 시각에 따른 것이었다.[228] 만일 '당사자의 반대의 의사표시', 즉 채권자와 채무자 간 제3자 변제를 금하는 특약[229]이 없다면 제3자 변제는 원칙적으로 허용되나, 이 경우에도 메이지 민법 제474조 제2항에 따르면 채무자 일방의 반대만으로 이해관계 없는 제3자는 변제를 할 수 없게 되었다. 요컨대 제2항은 제1항의 보충적 제한규정인 셈이다.

메이지 민법 제474조 제2항은 심의과정에서 특히 논의가 집중된 부분이었다. 보아소나드 민법하에서는 채권자나 채무자 중 1인이 승낙하면 타방의 반대에도 불구하고 이해관계 없는 제3자가 유효한 변제를 할 수

---

226) 朴世珉, "메이지민법상의 변제자와 변제수령자", **民事法學**, 第64號(2013. 9), 458면.

227) 당시 참조된 외국의 입법례로는 구 프랑스 나폴레옹 민법 제1236조와 제1237조, 오스트리아 민법 제1422조와 제1423조, 1838년 제정된 구 네덜란드 민법 제1418조와 제1419조, 1865년 제정된 구 이탈리아 민법 제1238조와 제1239조, 1881년 제정된 구 스위스 채무법 제77조, 1888년 제정된 구 몬테네그로 재산법 제527조와 제611조, 스페인 민법 제1158조와 제1161조, 벨기에 민법 초안 제1233조와 제1234조, 독일 민법 제1초안 제226조와 제227조, 독일 민법 제2초안 제224조, 프로이센 민법 제1부 제16장 제43조와 제45조부터 제47조와 제51조, 작센 민법 제690조, 바이에른 민법 초안 제2부 제1장 제82조와 제165조, 인도 계약법 제41조가 제시되어 있다. 法典調査會, **民法議事速記錄 第貳拾卷**(日本學術振興會, 1935), 5頁 참조.

228) 廣中俊雄 編(주 79), 455-456頁.

229) 채권자나 채무자 일방의 의사표시만으로는 부족하고 반드시 쌍방의 의사합치가 요구되나, 다만 단독행위까지 포괄하기 위하여 특약, 약정이라는 표현을 회피하였다고 한다. 朴世珉(주 226), 460면 참조.

있었던 것과는 달리, 제474조 제2항은 오직 "채무자"의 반대만을 이해관계 없는 제3자 변제의 성립을 저각하는 사유로 규정하였다.

이러한 변화를 이끈 것은 호즈미 노부시게(穂積陳重)였다. 채권관계의 인적 특수성을 강조하던 그는 본래 '채권의 이행'에 관한 제3편 제1장 제2절 제1관 모두(冒頭)에 "채무의 이행은 채권자와 채무자의 승낙이 있지 아니하면 제3자가 이를 할 수 없다."라는 내용의 제404조 수정안을 삽입하고자 하였다.[230] 이는 채무자에 비호의적인 제3자가 변제를 강행하고, 채권자가 제3자로부터 변제의 수령을 강요당하는 것을 막기 위한 것이었다. 그러나 우메 켄지로(梅謙次郎)를 필두로 한 반대에 부딪혔고, 다만 히지카타 야스시(土方寧), 하세가와 타카시(長谷川喬)는 채무자가 반대할 경우 제3자 변제를 금하는 부분에 한하여 찬성하였다.[231]

이후 변제 부분을 논의하면서 호즈미 노부시게는 "채무의 변제는 법률행위에 별단의 정함이 있는 경우 외에는 제3자가 그것을 할 수 있다. 단, 이해관계를 갖지 아니하는 제3자는 채권자 및 채무자가 부동의를 표한 때에는 변제를 하지 못한다."라는 내용의 제481조 초안을 제시하였다.[232] 위 제404조 수정안과 달리, 제3자가 미리 적극적인 승낙을 미리 얻을 필요가 없고 채무자가 반대하더라도 채권자가 변제를 수령하면 변제가 유효하게 된다는 점에서, 자신의 견해를 완화한 것이다.

이에 하세가와 타카시는 단서 부분을 "이해관계를 갖지 아니하는 제3자는 채무자의 승낙을 얻지 아니하면 변제를 하지 못한다."라고 바꿀 것을 제안했다.[233] 그는 "이해관계도 없는 제3자가 채무자가 알지 못하

---

230) 法務大臣官房司法法制調査部 監修, **法典調査会民法議事速記録(三)(日本近代立法資料叢書3)**(商事法務研究会, 1984), 31頁 이하, 小川浩三(주 11), 427頁에서 재인용.

231) 小川浩三(주 11), 428頁.

232) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 232頁 이하, 小川浩三(주 11), 428-429頁에서 재인용.

233) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 240頁 이하, 小川浩三(주 11), 429頁에서

는 사이에 채무자를 대신하여 그 채무를 변제하는 것은 일본의 관습 및 법률에 절대로 없는 것”으로서 “몹시 나쁜 일”이고 제3자는 “매우 비열한 자”라고까지 하며, “만일 기존의 채권자였다면 현재의 채권자처럼 가혹한 독촉을 하지도 아니하였을 것이고 불명예도 없었을 것”인데 “어느새인가 사람이 바뀌어 와서 그러면서 채무자를 괴롭힌다고 하는 따위의 것은 무례하다.”라고 매우 강경한 입장을 보였다.[234]

호즈미 노부시게는 하세가와 타카시의 제안을 수용하였다. 하지만 타나베 카오루(田部芳)가 채무자의 “승낙”까지 요구하는 것은 지나치게 불편하다는 비판을 하며 호즈미 노부시게의 원안에서 “채권자 및” 부분만을 삭제하여 “채무자가 부동의를 표한 때에는”이라는 절충안을 내놓았고, 결과적으로 이것이 다수의 찬성을 얻어 채택되었다.[235] 반대 입장에 서 있던 우메 켄지로가 불참한 탓에 토미이 마사아키라(富井政章) 홀로 반대의견을 피력하였지만 반영되지 아니하였다.

이처럼 채무자의 반대의사에 의하여 이해관계 없는 제3자 변제의 유무효를 좌우할 수 있도록 하는 이유에 대하여는 전술한 이유 외에도 다양한 논거가 제시되었다. 채무자에게만 거절권을 부여하는 방식을 최초로 고안한 하세가와 타카시는 제3자 변제의 근본적인 허용취지가 개인을 장기간 의무에 구속시키는 것은 좋지 않다는 점에 있음을 들어, 그 보호대상인 채무자의 의사만이 중요하고, 오히려 채무자가 부동의하였는데도 채권자가 변제를 수령할 수 있도록 하는 것은 불합리하다는 주장을 하였다.[236] 본래 제3자 변제를 극히 제한적으로만 허용하고자 했던 호즈

재인용.

234) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 240頁 이하, 小川浩三(주 11), 429-430頁에서 재인용.

235) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 248-250頁, 小川浩三(주 11), 430頁에서 재인용.

236) 朴世珉(주 226), 461면.

미 노부시게는 채무자의 의사가 채권자의 의사보다 더 중요하다는 적극적인 이유보다는, 거래의 원활을 최대한 존중하더라도 '적어도' 채무자의 사정이나 의사만큼은 도외시되어서는 아니 된다는 소극적인 사유를 들었다.[237] 최종안의 채택에 불참한 우메 켄지로는, 제3자에 의해 변제되는 것을 떳떳하게 생각하지 않는 일본인의 소위 "무사기질(武士氣質)"로 인한 종래의 관습이 반영된 것이라는 해석을 내놓았다.[238] 이처럼 메이지 민법은 보아소나드 민법에 비하여 제3자 변제의 폭을 상당히 축소시켰다고 할 수 있다.

그러나 다른 한편으로는 전술한 바와 같이, 메이지 민법 제474조 제2항은 종래 보아소나드 민법상 "승낙" 요건을 "의사"로 대체하였다. 이로써 보아소나드 민법상으로는 제3자가 변제를 위하여는 명시적인 동의를 얻어야 하는 것으로 풀이되었던 것과는 달리, 채무자가 명시적이고 적극적으로 반대의사를 표하지 아니하는 한 제3자는 자유롭게 변제할 수 있게 되었다. 이는 거래현실상 언제나 채무자의 승낙을 받을 것을 요하는 것은 각종 비용이 소모되도록 하여 채무자에게 오히려 불리할 수 있고 여러모로 불편하다는 지적이 반영된 결과물이었다.[239] 이러한 측면에서는 반대로 제3자 변제의 용이성을 획기적으로 제고하였다고 볼 여지도 있다 할 것이다.[240]

변제한 제3자의 구상권에 관한 특별규정은 심의를 거치는 과정에서 전부 삭제되었다. 처음에 민법 제1의안(1895년 2월 13일 甲 제23호 의안)에서는 구 보아소나드 민법 제454조의 규정 중 제4항을 제외한 제1항부터 제3항을 삭제하였다. 동조 제1항은 단순히 그 이하의 조항을 지시하

---

237) 朴世珉(주 226), 458-459, 461면.

238) 梅謙次郎, **民法要義 卷之三 債權編**(和佛法律學校・書肆明法堂, 1897), 229頁.

239) 김대정(주 3), 444-445면.

240) 朴世珉(주 226), 462-463면.

는 것에 불과하여 불필요하고, 제2항 및 제3항의 경우 위임 및 사무관리에 관한 규정이 직접 적용되면 족하므로 별도의 규정으로서 이를 다시 규정할 필요는 없다는 것이 법전조사회의 판단이었다.[241] 다만 일반 법리와 구별되는 특칙을 규정하고 있던 제4항은 제482조에 남아있었다. 그러나 이후 추가적인 심의과정에서, 메이지 민법상으로는 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하는 것이 더는 불가능한 이상 구 보아소나드 민법 제454조 제4항의 규정은 존치할 실익이 없다는 판단하에 이 또한 삭제되었다.[242] 또한 구상 문제는 채무자와 제3자 간 내부관계에 따라 상이하고,[243] 이는 '변제' 이외의 영역에서 존재하는 변수로서 이를 '변제'에 관한 부분에서 규정하는 것은 체계상 맞지 아니하다는 생각도 작용하였다.

임의대위와 관련하여는 보아소나드 민법에 비하여 다소 협소하게 변화하였다. 보아소나드 민법에서는 이해관계 없는 제3자의 변제가 일단 유효한 이상, 제480조와 제481조에 의하여 채권자나 채무자 일방의 승낙만으로 임의대위가 가능하였다. 반면 메이지 민법 제499조에서는 이해관계 없는 제3자의 변제가 유효하더라도 오직 채권자만이 임의대위를 승낙할 수 있게 되었다. '채무자 주도에 의한 임의대위'에 관하여는 채권자의 관여 없는 대위의 발생은 비정상적이라는 판단에 따라 채용하지 아니하기로 하였고,[244] 이에는 전원이 찬성하였다.[245]

한편 구 보아소나드 민법 제482조가 법정대위권자의 사례를 일일이 열거한 것과 달리, 메이지 민법 제500조는 "변제할 정당한 이익"이라

241) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 250-251頁, 渡邊力(주 11), 189号(2001), 242頁에서 재인용.

242) 渡邊力(주 11), 189号(2001), 242頁.

243) 梅謙次郎(주 238), 230-231頁.

244) 小川浩三(주 11), 424頁.

245) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 287頁.

는 추상적 표현으로 일반조항화를 도모하였다는 점에서, 법정대위의 허용범위는 다소 넓어진 것으로 보인다.

Ⅲ. 소결

우리나라의 현행 제469조, 제480조, 제481조가 별다른 논의 없이 의용민법 규정을 그대로 계수하였다는 점을 감안하면, 결과적으로 우리는 19세기 말 일본 입법자들의 의도 속에서 제3자 변제를 운용하고 있다고 하여도 과언이 아니다. 실제로 오늘날 국내 문헌 다수는 그 표현만 달리할 뿐, '채무자에게 원치 않는 은혜를 입는 것을 강요하거나 본래의 채권자보다 한층 가혹한 구상권의 행사 가능성을 허용하는 것이 채무자에게 불합리하게 불이익하다'는 것을 제469조의 취지로 들고 있다.[246] 호즈미 노부시게, 하세가와 타카시, 우메 켄지로의 해설이 1세기가 지난 오늘날까지도 우리나라에서 유효한 설명으로 제공되고 있는 것이다.

물론 '일본법의 모방'이라는 사실만으로 개정의 당위가 도출될 수는 없다. 그러나 19세기 말의 입법취지는 후술하듯 각종 법리적·정책적 한계를 태생적으로 지니고 있다.

제2절 비판적 검토

Ⅰ. 채무자 보호의 관점에서

전술하였듯 현행 제469조 제2항의 주된 취지는 채무자의 보호에 있다. 그러나 그 논거는 상당수가 각종 반례를 통하여 반박할 수 있거나 애초에 실체 자체가 의심스러운 경우가 많다.

246) 김용덕 편(주 29), 70면(정준영 집필부분); 黃迪仁(주 34), 214면.

1. ‘채무자에게의 원치 않는 은혜의 강요 방지’에 대한 비판

과연 우리 민법은 여러 제도를 통하여 원치 않는 이익을 강요할 수는 없다는 법사상을 실현하고 있다. 제3자를 위한 계약은 수익자의 수익의 의사표시를 권리취득요건으로 하고(제539조 제2항), 증여 ‘계약’은 수증자의 승낙의 의사표시를 요하며(제554조), 본인이 불원하는 사무관리는 원칙적으로 부정되고(제734조 제2항), 단독행위인 유증은 포기될 수 있다(제1074조 제1항). 이러한 사고방식은 사적자치의 원칙에 비추어 당연한 것이며, 이를 부정하는 것은 민법의 기본원리에 반하는 후견적 태도라고 할 수 있을 것이다. (많은 비판이 있지만) 판례가 인정하는 소멸시효를 원용할 ‘직접수익자’ 개념 또한 그 근본적인 취의는 이에 있다.[247]

그러나 동시에 우리 민법은 채무면제의 단독행위성을 규정함으로써(제506조), 경우에 따라서는 원치 않는 이득도 강요될 수 있음을 규정한다.[248] 이처럼 우리 법제가 양가적인 태도를 취하는 이유는 무엇인가?

이는 근본적으로 당해 제도가 누구의 이익을 위한 것인지에 따른 차이점으로 보아야 한다. 즉, 제3자를 위한 계약, 증여, 사무관리, 유증 등은 근본적으로 이익을 받는 자를 위한 제도이다. 때문에 이익을 받는 자의 의사가 가장 중요하다. 반면 채무면제의 경우, 애초에 채무 자체가

---

247) 직접수익자 개념을 최초로 정면에서 다룬 일본의 大判明治43(1910)年1月25日・民錄16輯22頁 (明治42年(オ)第379號)은, “간접적으로 이익을 받는 자도 독립하여 시효를 원용할 수 있다고 하면, 직접적으로 이익을 받는 자, 예컨대 채무자는 시효의 이익을 받을 것을 의욕하지 않아 시효를 원용하지 않거나 그것을 포기하였기 때문에 채무의 변제를 명하였음에도 불구하고, 간접적으로 이익을 받는 자, 예를 들어 저당권을 설정한 제3자는 시효를 원용하여 저당권의 행사를 면할 수 있고, 채권자는 주된 채권을 가지면서 종된 저당권을 잃는 것과 같은 불합리한 결과를 가져오므로 이것은 법률이 바라는 바가 아니다.” 라고 설시하였다. 자세한 것은 윤태영(주 193), 13-14면 참조.

248) 김대정(주 3), 438, 455면; 김상용(주 46), 420면; 金龍潭 編(주 57), 169면(鄭晙永 執筆部分); 金容漢(주 34), 518면; 金疇洙(주 8), 451면; 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 金亨培(주 60), 667면; 송덕수(주 33), 428면; 이진기(주 3), 580면; 張庚鶴(주 34), 505면; 玄勝鍾(주 34), 363면; 黃迪仁(주 34), 214면.

채권자를 위한 것이라는 점에서 채권자의 의사가 중요하다. 따라서 채무면제에 따른 채무자의 이득은 어디까지 반사적·결과적인 것에 지나지 아니하고, 채무자로서는 선택권이 달리 없는 것이다. 이처럼 민법의 일견 모순되는 두 방향은 그 기저에 '채권자 또는 그에 준하는 자에게는 이득을 강요할 수 없다'는 공통된 법리를 깔고 있다.

그러한 측면에서 제3자 변제에 관한 현행 제469조 제2항은 비정합적이라는 비판을 면치 못한다. 근본적인 구조는 채무면제와 다를 바가 없음에도, 채권자가 아닌 채무자에게 이득을 거절할 권한을 부여하고 있기 때문이다. 이에 관하여 일각에서는 채무면제 시에는 제3자 변제와는 달리 채권의 만족이 없기에, 오히려 제3자 변제의 경우에는 채권자의 이득을 위하여 채무자의 의사를 후퇴시킬 수 있지만 채무면제의 경우에는 채무자가 거부할 경우 이를 존중하여야 한다는 주장도 있다.[249] 그러나 이는 제3자 변제나 채무면제 모두 채무자가 아닌 채권자의 의사가 우선되어야 한다는 점을 간과한 것이다.

다만, 채무면제는 제3자 변제와는 달리 채권의 절대적 소멸사유로서, 그에 따른 사후구상의 문제가 없다는 점에서 차이가 있다. 그러나 이는 '구상의 범위'를 조절함으로써 해결할 문제이지 '제3자 변제의 범위'를 통제함으로써 도모할 것은 아니라 할 것이므로, 제3자 변제의 요

---

249) 民法(債権法)改正検討委員会, **民法(債権法)改正検討委員会全体会議(第7回)議事録**, 2008年9月23日, 75, 103頁; 民法(債権法)改正検討委員会, **民法(債権法)改正検討委員会全体会議(第12回)議事録**, 2009年1月10日, 46頁 중 야마다 세이치 위원의 발언; 民法(債権法)改正検討委員会第5準備会, **弁済(参考資料)**, 2008年12月23日, 4頁. 이러한 이유로 야마다 세이치 위원은, 채무면제는 단독행위가 아닌 계약으로 구성하되, 제3자 변제의 경우 원칙적으로 이를 허용하되 구상권을 제한하여야 한다고 주장하였다. 다만 '채무자에게 이득을 강요할 수는 없다'는 취지를 유지하면서도, 채무면제를 계약이 아닌 단독행위로 규정하되 채무자에게 거절권을 부여하는 방안도 제시되었다. 民法(債権法)改正検討委員会, **民法(債権法)改正検討委員会全体会議(第12回)議事録**, 2009年1月10日, 46頁 중 야마노메 아키오 위원의 발언; 법무부 역, 民法(債権法)改正検討委員会 編, **일본 채권법개정의 기본방침**(법무부, 2009), 338면 참조.

건을 채무면제보다 엄격하게 설정할 이유는 되지 못한다.

법감정이나 법관습의 측면에서도 의문이다. 전술하였듯, 우메 켄지로는 본조가 일본인의 "무사기질"에 따른 관습을 반영한 것으로 새기고 있다. 그러나 애초에 그러한 일본 관습의 존부부터 의심이 가고,[250] 가사 이를 긍정하더라도 우리를 식민통치했던 국가의 정서가 우리 법제도에 남아있는 것은 결코 바람직한 모습이라고 할 수 없다.[251] "무사기질"은 우리 전통과는 거리가 있기 때문이다. 이는 우메 켄지로가 고문을 맡아 주도한 통감부 법전조사국의 광범위한 문헌·실지조사의 결과에서도 드러난다. 법전조사국의 후신인 조선총독부 취조국은 1908년 5월부터 1910년 9월까지 이루어진 법전조사국의 조사결과를 집대성한 보고서에서, 조선 관습상 변제할 수 있는 제3자의 범위가 명확하지는 않으나 적어도 재산상 이해관계 있는 제3자[252] 이외에 친척, 친구 등은 채무자의

250) 다만 사회심리적 측면에서 일본인으로부터 유사한 특질을 발견한 연구는 실제 존재한다. 일본인은 남에게 은(恩)을 입는 것을 빚을 지는 것으로 생각하고 그 빚을 갚지 못하는 것은 의리(義理)에 반하는 것으로서 수치스러운 것이기에, 결과적으로 타인의 은(恩)을 받는 것 자체를 부담스럽고 부정적으로 생각하게 된다는 것이다. "은혜는 곧 빚인바, 갚지 아니하면 안 된다(恩は負債であって、返済しなければならない)", "은혜를 받는 데에 있어서는 있을 수 없을 정도의 타고난 너그러운 마음이 필요하다(恩を受けるにはありうべからざる程度の生まれつきの気前良さが必要である)", "의리처럼 냉혹한 것은 없다(義理ほどつらいものはない)"와 같은 일본 속담들은, 은혜를 입을 일을 미연에 방지하려는 일본인의 심리를 잘 보여준다. 자세한 것은 Ruth Benedict, *The chrysanthemum and the sword: patterns of Japanese culture* (Houghton Mifflin Company, 1946) 참조.

251) 우리나라와 일본의 법문화 간에 상당한 차이가 있다는 점은 주지의 사실이다. 예컨대 전술한 '은혜와 의리의 상호적 대가관계'는 이른바 미개사회 특유의 집단내부의 조정장치로서 일본과 미크로네시아, 멜라네시아, 폴리네시아와 같은 태평양제도, 동남아시아에서 목격되는데, 이는 한반도에서는 알지 못하는 문화이다. 자세한 것은 木下毅, **比較法文化論**(有斐閣, 1999), 264-304頁 참조. 나아가 이은영, "한국의 계약문화", **법과 사회**, 제16·17 합본호(1999), 282면에 따르면, 일본인은 한국인에 비하여 거래상대방과의 신뢰 유지에 대한 집착이 더 강하기 때문에 거래상대방을 가능하면 바꾸지 않으려는 경향이 있는데, 이는 이해관계 없는 제3자 변제에 관한 규율에 있어서도 유의미한 차이로 이어질 수 있다.

승낙 없이도 정의(情義)상 유효한 변제를 할 수 있다고 전한다.[253] 그러면서도 동 보고서는 채무자의 의사에 반하면서까지 변제할 수 있는 제3자는 재산상 이해관계 있는 제3자에 한하여만 가능하다고 보는 것이 "온당할 것이다."라는 표현을 통해, 조선 관습상의 공백을 사실상 일본 민법의 태도로 메우려고 시도하고 있다.[254] 이해관계 없는 제3자 변제에 대한 엄격한 태도가 결코 우리 전통이 아닌 일본 민법의 이식의 결과임을 암시하는 대목이다.[255]

2. '가혹한 구상의 방지' 에 대한 비판

악덕한 제3자가 대신 변제를 한 후 그에 따른 구상권과 변제자대위권을 오남용할 경우, 그로 인한 채무자의 피해가 염려된다는 설명은 일응 설득력이 있다. 실제로 채무자의 입장에서는 채권자가 누구인지에 따라 기한의 허여 여부, 최고(催告)의 태양 등에 있어서 상당한 차이가 초래되기 때문이다.[256]

---

252) 예컨대 담보물의 대여자(물상보증인)와 전당(典當)물의 소유자 및 전당채권의 채권자는 주채무자의 채무를, 수인의 채무자 중 일부는 다른 채무자들의 부담 부분을, 보인(保人)은 주채무자의 채무 또는 다른 보인의 부담 부분을, 담보물을 취득하려는 자는 매도인의 채무를 대신 변제할 수 있었다고 한다. 정긍식 역, 朝鮮總督府 編, **(國譯) 慣習調査報告書**(한국법제연구원, 1992), 222, 242, 247-251, 254면 참조.

253) 정긍식 역(주 252), 254면. 그 외에 유년자, 정신병자 등이 가한 손해에 대하여는 그 보호자가, 피용자가 가한 손해에 대하여는 그 사용자가 도의상 배상하는 경우가 있었다고 한다. 정긍식 역(주 252), 310면.

254) 정긍식 역(주 252), 254면.

255) 애초에 동 보고서는 식민통치에 대비하여 만든 자료라는 목적상 한계를 지니고 있고, 일본 민법의 관점에서 우리 관습을 해석한 측면이 많으며, 일본 내에서도 일본 민법을 직역한 느낌이 든다는 평가를 받기도 하였다. 그러한 측면에서 일본 민법과 다른 내용의 관습에 관한 서술은 상당한 공신력이 있는 반면, 일본 민법과 같은 시각에서 서술된 관습의 경우 그 진실성을 일단 의심하여야 할 것이다. 자세한 것은 정긍식 역(주 252), 1-47면 참조.

256) 예컨대 전문적인 채권추심업체가 채권자일 때와 일반인이 채권자인 경우는 채무자의 입장에서는 상이한 상황이다.

이에 관하여는 주채무자의 의사에 반하는 보증계약(제444조 제2항)[257]을 반례로 들며 비판하는 견해가 다수 존재한다.[258] 채무자의 의사에 반하는 보증계약 체결이 가능한 것처럼, 제3자 변제도 채무자의 의사에 반하더라도 허용하여야 한다는 것이다.

그러나 반의사보증계약은 보충성이라는 측면에서 '채무자의 반대에도 불구하고 이해관계 없는 제3자가 변제를 강행한 사안'과는 사안이 다르다. 반의사보증인은 채무자가 채무를 변제하지 아니할 때 비로소 이를 이행할 수 있어 남용의 소지가 적은 반면,[259] 제3자 변제는 그와 무관하게 이루어질 수 있어 남용의 소지가 훨씬 크기 때문이다.

그러나 가혹한 구상의 방지라는 취지 또한 구상의 범위를 규제함으로써 충분히 달성할 수 있는 목표이다. 구태여 변제의 효력 자체를 무효화시켜 거래안전과 채권자의 이익까지 해할 필요는 없는 것이다.[260] 예컨대 보증계약의 경우, 채무자의 부탁을 받았는지 여부는 보증계약의 효력에는 영향이 없고, 다만 보증인의 구상권의 범위에 차이를 파생할 뿐이다. 제3자 변제 또한 마찬가지이다. 후술하듯 민법상 일반원칙에 의하면, 현행 제469조 제2항이 없어도 변제한 제3자의 채무자에 대한 구상은 채무자의 의사에의 합치 여부에 따라 여러 제한을 받게 된다.

오히려 제469조 제2항은 가혹한 구상 방지라는 목표를 달성함에 있어서 실효성이 없다. 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제

---

257) 이하 '반의사보증'이라 한다.

258) 김대정(주 3), 438, 455면; 김상용(주 46), 420면; 金龍潭 編(주 57), 169면(鄭晙永 執筆部分); 金容漢(주 34), 518면; 金疇洙(주 8), 451면; 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 金亨培(주 60), 667면; 이진기(주 3), 577, 580면; 張庚鶴(주 34), 504면; 玄勝鍾(주 34), 363면; 於保不二雄(주 33), 354頁.

259) 제428조 제1항 참조.

260) 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第66回会議議事録**, 平成25(2013)年1月15日, 44頁 중 미카미 토오루 위원의 발언.

를 강행할 경우, 그 변제가 현행법상 무효라는 점에는 이설이 없다. 그런데 만일 제3자가 자신의 변제가 채무자의 의사에 반함을 알고 있었다면, 제3자는 채권자를 상대로 급부부당이득의 반환을 구할 수 없다. 채무자의 의사에 반함을 알고 있었다는 것은 곧 자신의 변제가 무효라는 점에 대하여 악의였다는 것을 방증하는데, 이 경우 제742조의 규정이 적용[261] 내지 유추적용[262]되어 제3자는 악의・임의의 비채변제자에 해당하기 때문이다.[263] 이처럼 제3자의 채권자를 상대로 한 부당이득반환청구가 제한될 경우, 채권자가 이중으로 채무자에 대하여 채권을 행사하는 것은 허용될 수 없고, 결국 제3자는 자신의 손실로 채무소멸이라는 이득을 본 채무자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있게 된다.[264] 제3자 변제의 유무효와 무관하게 채무자는 제3자를 상대로 구상・부당이득반환의 무를 면할 수 없는 것이다.

보다 근본적으로는 가혹한 구상 자체가 오늘날에는 현실적으로 일어나기 힘들다는 지적도 있다. 채권의 공정한 추심에 관한 법률, 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 등이 제정・시행됨에 따라, 민법 제정 당시에 비하여 가혹한 구상이 문제될 가능성이 현저히 줄었다는 것이다.[265] 또한 가사 가혹한 구상의 위험이 있다 할지라도, 이미 채권양도 제도가 채무자의 동의 없는 채권양도에 따른 가혹한 구상을 일응 묵인하고 있다는 점에서 구태여 제3자 변제의 경우에만 이를 경계할 필요는 없다는 견해도 있다.[266]

---

261) 郭潤直 編, **民法注解(XVII)**(博英社, 2005), 389면(梁彰洙 執筆部分).

262) 郭潤直 編(주 28), 119면(金大彙 執筆部分); 金龍潭 編, **(註釋)民法: 債權各則(5)** 第4版(韓國司法行政學會, 2016), 603면(金紋奭 執筆部分).

263) 同旨: 神戸地判昭和35(1960)年8月27日・下民集11巻8号1793頁（昭和32年(レ)第157号）.

264) 김소영(주 15), 43-44면.

265) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 260), 44-45頁 중 미카미 토오루 위원의 발언.

266) 이진기(주 3), 576면.

요컨대 이해관계 없는 제3자 변제를 폭넓게 허용함으로써 얻는 채무자의 손해는 0 이하이지만, 사후적 구상을 제한함으로써 채무자의 손해는 0으로 하는 동시에 전체 당사자 간 손익의 총합은 증가시킬 수 있는 것이다.[267]

Ⅱ. 채권자 보호의 관점에서

전술하였듯 현행 제469조는 채권자 보호의 취지는 사실상 배제하고 있다고 보아도 과언이 아니다. 그럼에도 제469조 제1항의 "당사자의 의사표시" 부분은 조금이나마 채권자의 의사를 고려하려는 사고가 남아있는 지점이라고 할 수 있다. 다만, 제469조 제1항의 "의사표시"에 관하여는 후술하기로 하고, 여기서는 제469조 제2항에 따른 영향을 위주로 살피고자 한다.

통상적으로 채권자에게 제3자의 이해관계 유무는 아무런 변수가 될 수 없다. 채권자에게 중요한 것은 자신의 채권에 대한 만족을 얻는 것이기 때문이다. 그러나 제469조 제2항은 채권자가 변제수령을 원하는 때에도 채무자의 의사에 따라 그것이 불가능해지는 것을 허용하고 있다.

이러한 입법방식은 채권자에게 전적으로 불리하다.[268] 채무자가 채권자에 대한 단순한 악의로 또는 채권자와의 별개의 계약교섭 과정에서 유리한 조건을 얻기 위하여 이해관계 없는 제3자의 변제를 거부할 경우, 채권자는 아무런 이유 없이 채권의 만족을 얻지 못하게 된다.[269] 예컨대

---

267) 가정준(주 3), 195-196면 참조.

268) 송덕수(주 33), 428면.

269) 이러한 사태를 방지하기 위하여 임금채권보장법 제7조는, 사업주와 근로자 간 제3자의 보수지급 반대특약을 맺었더라도, 그와 무관하게 고용노동부장관이 체당금(최종 3개월분의 임금, 최종 3개월분의 휴업수당, 최종 3년간의 퇴직급여 등)을 근로자에게 지급할 수 있도록 규정한다. 다만 세대를 같이하면서 생활을 공동으로 하는 친족만을 사용하는 사업장 등의 경우에는 임금채권보장법이 적용되지 아니하기 때문에, 제3자

채무자인 발주자가 채권자인 납품업체를 상대로 다음번 거래 시 대금을 할인해줄 것을 요구하며 고의로 대금지급을 거절하는 경우를 본다. 납품업체는 물상보증인 소유의 담보부동산에 대하여 임의경매를 함으로써 채권의 만족을 얻고자 하나, 물상보증인 소유의 담보부동산의 가치는 물품대금에 비하여 턱없이 적다. 한편 물상보증인은 소유권을 상실할 위험에 처하자 발주자의 대금채무를 대신 변제하고자 하나, 무자력 상태인 관계로 불가피하게 지인에게 변제를 부탁한다. 하지만 우월적 지위를 악용하여 납품업체를 압박하고자 하는 발주자는 위 지인이 이해관계 없는 제3자임을 들어 변제를 거부한다.[270] 이 경우 납품업체는 채무자인 발주자의 다른 재산에의 강제집행 등을 통하여 채권의 만족을 구할 수는 있겠으나 이는 많은 시간과 비용을 요하고, 지속적으로 거래관계를 이어나가야 하는 특수한 관계에 있는 이상 이러한 조치는 현실적으로 쉽지 않은 것이 사실이며, 무엇보다 발주자가 무자력일 경우 아무 실효성이 없다. 이론적으로는 채무자인 발주자의 반대의사 표시를 사해행위로 이론구성하여 이를 취소할 여지도 있겠으나,[271] 무자력의 입증 및 제소기간에 따른 부담을 감안하면 현실적인 선택지는 되지 못한다.

채권자의 손해는 제3자의 변제가 사후적으로 무효인 것으로 밝혀질 때 극대화된다. 사실 채권자 및 공탁기관의 입장에서는 변제를 하려는 제3자가 이해관계가 있는 자인지, 이해관계가 없다면 그것이 채무자의 의사에 반하는지 분간하기가 극도로 어려운 것이 사실이다.[272] 우선

보수지급 반대특약이 있는 경우 고용노동부장관은 체당금을 지급할 수 없게 된다. 그런데 친족관계는 판례에 의하면 '법률상 이해관계'에 해당하지 아니하는바, 결국 친족만을 사용하는 사업장의 근로자는 어떠한 경우에도 제3자로부터 보수를 지급받을 수 없게 되는 문제가 있다. 김서기(주 46), 14-16면 참조.

270) 大判昭和6(1931)年12月22日・法律新聞3365號11頁（昭和6年(オ)第2335號）.

271) 제406조 제1항의 "법률행위"에는 널리 준법률행위도 포함된다. 郭潤直(주 59), 148면; 양창수・김형석(주 89), 200면 참조.

“이해관계”가 정확히 어디까지 포괄하는 개념인지에 대하여만 수많은 판례가 누적되어 있고 하급심 간 판단이 엇갈릴 정도로 그 정의가 모호한 상황에서, 채권자가 이해관계 유무를 판단하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 채무자의 의사에 의한 제한의 경우에는 비록 판례가 그 정도를 상당히 완화하고는 있으나, 이 또한 명문화된 것이 아니라 어디까지나 판례의 해석론을 통한 완화에 그치기에, 채권자가 법률전문가가 아닌 한 이 또한 매우 부담스러운 작업이라는 점에서는 달리 볼 것이 아니다. 채권자가 학설과 판례에서의 논의를 모두 알고 있는 법률전문가라고 할지라도 부담이 없는 것은 아니다. 이해관계 유무의 경우 등기부・등록부를 통하여 확인할 수 있다면 다행이지만, 그렇지 아니할 경우에는 제3자의 주장을 각종 서류 및 채무자의 의견과 대조함으로써 그 진위를 확인하여야 한다. 채무자의 진의 또한 제3자의 주장을 전적으로 신뢰할 수는 없기에 따로 채무자의 의사를 알아내야 한다.[273] 심지어 채무자가 소재불명 상태이거나 고령자 등이어서 확인이 곤란한 경우도 있다.[274] 이처럼 많은 것을 조사・확인하여야 하는 상황에서, 채권자는 혹시 발생할지도 모를 채권자지체의 책임을 면하기 위해서 제3자의 변제제공이 있는 때로부터 단시간 내에 무거운 위험을 감수하고 판단을 내리게 된다.[275][276]

---

272) 법무부 법무심의관실(주 80), 216-217면 중 여미숙 위원의 발언 참조.

273) 관련하여 野村重信(주 11), 264頁은, 제3자가 채무자의 의사에 반한다는 사실에 대하여 ‘악의’로 구태여 변제를 강행한 경우에는 제742조의 비채변제에 해당하여 채권자를 상대로 한 반환청구가 제한되고, ‘선의’의 채권자가 담보권을 포기하였다면 제745조에 따라 반환의무를 면하게 되므로, 채권자에게 실질적인 불이익은 없다고 한다. 그러나 제742조의 비채변제가 성립할 정도로 제3자가 채무자의 반대의사를 명확히 알고 있지 못하는 경우도 있으며, 후술하듯 제745조의 적용 내지 유추적용은 선불리 긍정할 것이 아니다. 山本宣之(주 12), 2465-2492, 2471頁 참조.

274) 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第46回会議議事録**, 平成24(2012)年5月8日, 43頁 중 미카미 토오루 위원의 발언; 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第80回会議議事録**, 平成25(2013)年11月19日, 41頁 중 나카하라 토시아키 위원의 발언 참조.

그런데 만일 채권자가 위험을 무릅쓰고 제3자로부터 변제를 수령한 후 변제자대위를 위하여 담보물 기타 증서를 제3자에게 교부하였는데 이후 그것이 채무자의 의사에 반하여 무효라는 사실이 뒤늦게 드러날 경우, 제745조의 적용 또는 유추적용이 불가능한 이상[277] 채권자로서는 변제자에게 부당이득반환채무를 부담하게 됨은 물론, 제3자로부터 채권증서를 돌려받아 다시 채무자에게 청구하여야 한다.[278] 뿐만 아니라 채권자가 무효인 변제를 수령한 후 채무자에게 이미 반대채무를 이행하였을 경우에 채무자를 상대로 이를 부당이득으로서 반환을 청구할 수는 없다. 이러한 잠재적 위험은 법적 안정성은 물론, 채권자의 후속적 의사결정 내지 거래활동을 현저히 저해하는 요소가 된다.

요컨대 현행 제469조 제2항의 규정은 채권자의 일방적 희생을 강요하는 불합리한 규정이라 할 것이다.

---

275) 山本宣之(주 12), 2470-2473頁.

276) 이러한 문제점은 이른바 '전단적 대표행위'의 상대방의 보호 범위에 관한 논의와 유사하다. 최근 대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결은, 어떠한 거래행위가 상법 제393조 제1항 소정의 "중요한 자산의 처분 및 양도, 대규모 재산의 차입 등"에 해당하는지는 법률전문가조차 판단이 엇갈릴 수 있는 영역이고, 대표이사와 거래하는 상대방으로서는 회사의 구체적 상황을 알기 어려울 뿐만 아니라, 회사와 거래행위를 한다는 이유만으로 위와 같은 사정을 알아야 할 필요도 없고, 알아야만 하는 것도 아니라는 점을 들어, 전단적 대표행위의 효력을 판단함에 있어서 ① 상법 제393조 제1항에 따라 이사회 결의를 거쳐야 하는 경우에는 선의·무과실의 상대방을 보호하되 ② 정관 등에서 이사회 결의를 거치도록 정한 경우에는 선의·무중과실의 상대방을 보호하는 식으로 구별하던 종래의 이른바 '이원론'을 폐기하고, 선의·무중과실의 상대방은 모두 보호하는 방향으로 판례를 변경하였다.

277) 大判昭和17(1942)年11月20日・法律新聞4815號17頁（昭和17年(オ)第660號）. 同旨: 齋田統(주 11), 13頁. 반면 四宮和夫, **事務管理·不当利得·不法行為(上)**(青林書院新社, 1981), 151頁은 선의의 채권자의 보호를 위하여 제745조의 유추적용을 긍정하면서, 제3자는 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없어 사실상 결과적으로는 변제가 유효한 것에 다름 아니게 된다고 한다.

278) 양창수・김재형(주 23), 343면.

Ⅲ. 제3자 보호의 관점에서

1. 이해관계 없는 제3자의 임의대위 방해

채무자의 보호라는 원래의 입법취지가 무색하게, 실제 판례의 상당수는 오히려 이해관계 없는 제3자와 변제를 수령한 채권자 간의 임의대위 허부를 둘러싼 다툼에 관한 것이다. 즉, 비록 위에서 단순한 악의 또는 우월적 지위의 확보를 위하여 채무자가 제3자 변제를 반대하는 가상의 사례를 들기는 하였으나, 실제 거래계에서 채무자가 제3자 변제를 반대하는 경우는 극히 드물며, 통상적으로는 제3자가 변제를 한 후 채권자의 권리를 대위하고자 하면 변제를 수령한 채권자가 '이해관계 없는 제3자에 의한 변제였기 때문에 자신의 승낙 없이는 임의대위를 할 수 없다'는 항변을 하는 구조이다.[279] 이는 제469조 제2항의 독자적 입법의도가 실익이 없고, 오히려 채권자의 권리남용을 조장할 뿐임을 보여준다.

물론 채권자의 승낙은 명시적일 필요는 없으며, 변제 당시 제반 사정에 비추어 채권자의 승낙은 추단될 수 있다는 것이 판례의 태도이다.[280] 일부 학설은 한발 더 나아가 채권자는 정당한 이유 없이 그 승낙을 거부할 수 없다고 주장하며,[281] 그 근거로 변제를 수령한 채권자가 대위를 거부하는 것은 '불합리'하다는 점을 든다.[282] 그러나 이는 애초에 제480조가 "승낙"이라는 표현까지 사용해가며 임의대위를 법정대위와 차별화하고자 한 본래의 입법정신에 상치되는 것으로서,[283] 규범적 이유를

279) 대법원 1971. 3. 23. 선고 71다240,241 판결; 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카24834 판결.

280) 대법원 2011. 4. 15.자 2010마1447 결정.

281) 김상용(주 46), 455면; 金疇洙(주 8), 469면.

282) 郭潤直 編(주 28), 190-191면(李仁宰 執筆部分); 김용덕 편(주 29), 281-282면(최형표 집필부분); 金容漢(주 34), 541면; 池元林(주 113), 991면.

283) 김용덕 편(주 29), 281면(최형표 집필부분); 張庚鶴(주 34), 524-525면은 제480조에서 채권자의 승낙을 요하는 이유로 당사자의 의사 존중 및 제3자의 투기목적 변제의 제한을 든다.

들어 법해석을 넘어선 법형성을 하는 것에 가깝다.[284] 요컨대 일부 학설의 이러한 주장은 법개정의 필요성을 더욱 명백하게 보여줄 뿐이다.

2. 사실상 이해관계를 가진 제3자의 손해 감수 강요

보다 근본적인 질문은 "이해관계 없는 제3자"가 현실에 과연 존재하는지이다. 앞서 제469조 제2항의 입법취지를 돌아보는 과정에서 오직 가혹한 구상만을 목적으로 하는 악덕한 제3자 등의 사례가 제시되었지만, 실제 판례에서 문제가 된 경우들은 대부분 이해관계 없는 제3자라기보다는 '사실상 이해관계만 있는 제3자'에 가깝다. 현실 사회에서 착오에 의한 비채변제가 아닌 이상에야, 아무런 관련 없는 제3자가 오로지 채무자를 위하여 채무자의 반대에도 불구하고 채무를 대신 변제할 가능성은 거의 없기 때문이다.

결국 판례는 법문 어디에도 나오지 않은 '법률상 이해관계'와 '사실상 이해관계'의 구분을 통하여, '사실상 이해관계 있는 제3자'의 '사실상 이해관계'를 채무자의 의사에 따라 희생시키고 있는 것에 다름 아니다.

아울러 제469조 제2항으로 인하여 직접적인 피해를 입는 것은 사회경제적으로 을(乙)의 위치에 있는 약자들이다. 사실 제469조 제2항이 현행과 같이 존속하더라도, 이를 회피하기 위한 다양한 우회책이 이미 아래와 같이 존재한다. 예컨대 제3자는 채권자와 채권매매계약을 통해 채권을 양도받을 수도 있고(채권양도),[285] 보증인이 될 수도 있으며(반의사보증), 채무에 가입할 수도 있다(병존적 채무인수).[286] 심지어 반의사보증인

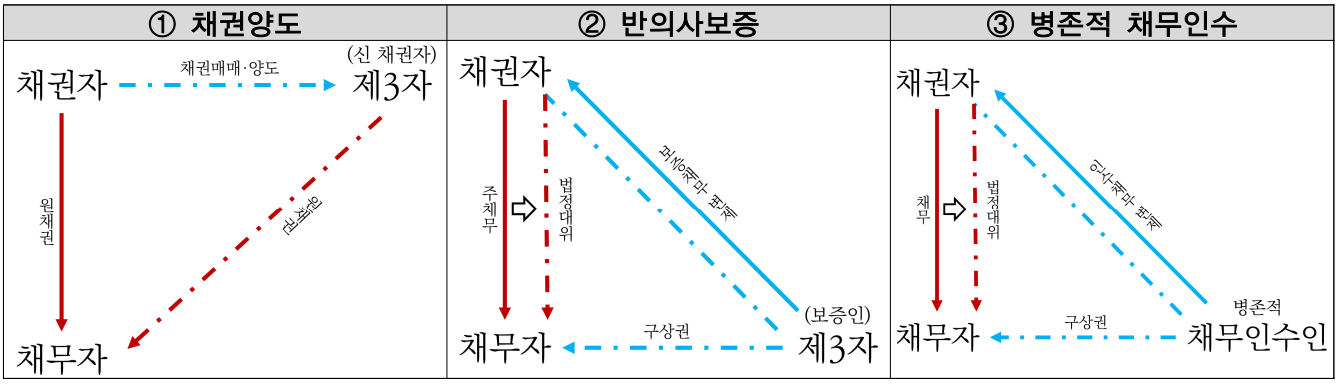
284) 제469조 제2항이 "채무자의 승낙이 있어야 변제할 수 있다."가 아닌 "채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다."라는 표현을 사용한 것과 비교되는 지점이다.

285) 이진기(주 3), 599면.

286) 대법원 1962. 4. 4. 선고 4294민상1087 판결. 나아가 병존적 채무인수의 경우에는 면

이나 병존적 채무인수인의 경우에는 변제를 통하여 임의대위가 아닌 법정대위가 가능한바,[287] 제469조 제2항의 제3자 변제보다 더 매력적인 수단이 되기도 한다.

〈그림 1〉 현행법상 제469조 제2항 우회방안



그러나 이러한 수단을 실제 강구할 수 있는 자는 법리에 밝은 법률전문가나 채무자의 눈치를 볼 필요가 없는 사회경제적 강자에 국한된다. 제469조 제2항이 법률적 기교를 부릴 지식이나 재력이 없는 약자에게 특히 높은 장애물로 다가갈 수밖에 없는 이유이다.

Ⅳ. 거래안전의 관점에서

채권자가 제3자로부터 변제를 수령하고 변제자대위를 위하여 담보물을 제3자에게 교부하였는데, 이후 그것이 채무자의 의사에 반하여 무효라는 점이 뒤늦게 드러날 경우, 채권자가 그 제3자에게 부당이득반환의

책적 채무인수와는 달리 제459조가 적용되지 아니하는바(대전고등법원 2003. 6. 12. 선고 2002나2070 판결), 제469조 제2항과 하등 다를 바가 없다.

287) 채무자의 부탁을 받지 아니한 병존적 채무인수는 주관적 공동관계가 없어 부진정연대관계에 있으므로(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다32409 판결 참조), 위와 같은 사안에서 병존적 채무인수인은 부진정연대채무자로서 법정대위를 할 수 있을 것이다.

무를 부담함은 전술한 바와 같다. 다만, 채권자는 그에 대응하여 변제한 제3자를 상대로 이전해준 담보권의 반환을 구할 수 있다(엄밀히 말해서 변제가 무효였던 이상 담보권이 이전된 적은 없고, 채권자는 그 외관의 제거를 구할 수 있다).

변제한 제3자가 이전받은 담보권을 일응 실행한 경우는 어떠한가? 저당권의 사례를 본다. 경매개시결정이 내려지게 된 기초가 되는 저당권 이전의 부기등기가 무효인 이상 이는 흠 있는 담보권에 기한 경매로서 절차법적으로 무효인 경매절차에 해당하고,[288] 경락인은 경매목적물의 소유권을 취득할 수 없다.[289] 따라서 채권자는 여전히 저당권자로서 물권적 청구권을 통하여 말소된 자신의 저당권설정등기의 회복등기를 구할 수 있고, 이로 인한 채권자의 손해는 없다.[290]

문제는 그로 인한 경락인 및 전전취득자들의 손해이다. 저당권의 유효함에 대한 선의를 토대로 이룩된 거래안전은 경매의 무효 앞에서 후퇴하게 된다. 이는 근본적으로 우리 법이 부동산등기에 공신력을 인정하지

---

288) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결; 김형석, “경매와 담보책임”, **民事法學**, 第93號(2020. 12), 235면; 최준규, “경매와 담보책임 재론(再論) - 물상보증인이 담보물을 제공한 경우를 중심으로”, **사법**, 통권 제60호(2022. 6), 387-388면 등 참조.

289) 만약 경매절차가 유효라면, 설령 저당권설정등기가 무효의 원인으로 말소된 것이라 할지라도 일단 경매절차에서 경락이 이루어진 이상 그 저당권은 소멸하여 그 회복을 구할 수 없다. 대법원 1998. 10. 2. 선고 98다27197 판결 참조.

290) 다만, 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666,30673 판결은, 공동저당물인 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 물상보증인 소유 부동산이 먼저 경매되어 공동저당권자가 변제를 받았는데, 물상보증인 소유 부동산에 대한 후순위저당권자가 물상보증인 명의로 대위의 부기등기를 아니하는 동안 공동저당권자가 임의로 채무자 소유 부동산에 설정되어 있던 공동저당권을 말소하였고, 그 후 채무자 소유 부동산에 새로운 후순위저당권이 설정되었다가 경매로 그 부동산이 매각된 사안에서, 물상보증인 소유 부동산에 대한 후순위저당권자는 채무자 소유 부동산에 대한 후순위저당권자에게 대항할 수 없다고 한 바 있으나, 이는 통상적인 불법말소 사안에서의 등기의 공신력 문제라기보다는, 제482조 제2항 제1호의 변제자대위의 국면에서 부기등기로써 보호할 제3자의 범위 문제로 보아야 할 것이다.

않고 있음에 기인하는 것이지만,[291] 그간 등기제도를 완비하고 등기에 공신력을 인정하기 위한 부단한 노력이 경주되어 온 것은[292] 선의의 취득자의 보호 필요성에 모두가 공감하였기 때문이다. 채무자의 의사 하나로 경락인을 비롯한 다수인의 이해관계가 걸린 거래안전을 손쉽게 포기하는 것이 결코 바람직하지 아니한 이유이다.

Ⅴ. 소결: 경제적 효용의 사회적 총량의 관점에서

"계약법은 이익을 창출하고, 불법행위법은 이익을 보호한다(Contract is productive, tort law protective)." [293] 그러나 앞서 살핀 바와 같이, 제3자 변제의 요건을 완화하는 과정에서 택하게 된 어설픈 절충의 결과물인 현행 제469조 및 그에 따른 제480조의 규정은 채권자, 채무자, 제3자 모두에게 도움이 되기는커녕 오히려 소모적인 분쟁과 거래지연으로 손해만 초래하고 있는 상황이다.

법경제학적 견지에서 현행 제469조의 태도는 쉽게 이해할 수 없는 지점이 많다. 만일 제469조 제2항에 아무런 제한이 없다면, 이해관계 없는 제3자의 변제 여부는 채무자뿐 아니라 채권자, 제3자 모두가 당사자가 된다. 제3자는 변제의 주체로서 결정권이 있고, 채권자는 비록 변제수령을 거절할 권리는 없으나 제480조에 따라 임의대위의 승낙을 거절함으로써 간접적으로 제3자의 변제를 막을 수 있게 되기 때문이다. 이 경우 채무자는 채권자에게 즉시 변제하거나, 채권자에게 일정한 대가를 지급함으로써(예컨대 채권자에게 자신의 변제의사와 능력을 설득함으로써) 채

291) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결 참조.

292) 대법원 2009. 7. 16. 선고 2007다15172,15189 전원합의체 판결 중 대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 신영철의 반대의견 참조.

293) Tony Weir, "Chapter 12: Complex Liabilities", in André Tunc ed., *International Encyclopedia of Comparative Law: Volume XI: Torts* (Mohr Siebeck Verlag, 1976), p.85.

권자로 하여금 임의대위의 승낙을 거절하도록 요청하는 방식으로 우회적으로 제3자의 변제를 방해할 수도 있고, 혹은 제3자에게 변제를 하지 아니하도록 설득함으로써(즉 제3자의 변제권을 매입함으로써) 제3자의 변제를 방지할 수 있다. 이처럼 제3자 변제가 자유롭게 허용되어 있을 경우 당사자들은 자발적인 거래를 통하여 최적점을 찾게 된다. 그런데 현행법은 제3자 변제의 허부를 오로지 채무자가 결정하도록 함으로써, 채권자와 제3자를 거래관계 외부(external to the transaction)로 몰아내고 있다. 외부효과의 내부화(internalization of externality)를 막는 것을 넘어, 내부효과를 외부화(externalization of internality)시키는 것이다. 이러한 접근을 정당화하려면, 제3자가 변제함으로써 채권자・제3자가 채무자에게 주는 유해한 영향이, 채무자가 제3자 변제를 막음으로써 채권자・제3자에게 주는 유해한 영향을 압도하여야 하는데,[294] 현실이 불연함은 이상 살핀 바와 같다.

물론 제3자 변제가 자유롭게 허용될 경우, 채무자 입장에서는 제3자의 변제를 방지하기 위하여 채권자나 제3자를 설득하여야 한다는 점에서 일종의 거래비용이 발생하게 됨은 분명한 사실이다. 그러나 현행법상으로는 '채무자'가 거래비용을 부담하지 아니할 뿐, '채권자'와 '제3자'는 이미 막대한 거래비용을 수인하고 있다. 채권자로서는 변제가 채무자의 의사에 부합하는지 여부를 알기 위해 애써야 하고(정보비용), 변제를 유효하게 하고 싶은 채권자와 제3자는 채무자를 설득해야 하기 때문이다(역방향의 교섭비용). 채권자와 제3자에게 거래비용을 부담 지워 비효율적인 자원배분을 초래하는 것보다는, 채무자에게 거래비용을 부담시켜 사회 전체의 유용을 달성하는 것이 보다 나은 방향인 이유이다.[295]

---

294) 박세일・고학수・송옥렬・신도철・이동진・최준규・허성욱, **박세일 법경제학** 개정판(박영사, 2019), 72-75면.

295) 박세일・고학수・송옥렬・신도철・이동진・최준규・허성욱(주 294), 79-85면 참조.

그렇다면 법정책적 관점에서 제3자 변제 및 구상제도는 어떻게 설계하는 것이 사회 전체의 이익에 가장 부합하는가? 우선 채권자로서는 채무를 온전히 변제받는 것은 언제나 효용이므로, 제3자 변제가 가능하면 넓게 허용될수록 이득이라는 점은 비교적 명백하다.[296] 문제는 채무자와 변제한 제3자의 입장이다. 채무자의 관점에서는 제3자의 변제로 채무가 절대적으로 소멸해야 이득이며, 상대적으로 소멸한다면 채무자에게는 아무 효용이 없거나 있더라도 절대적으로 소멸할 때에 비하여 효용의 정도가 적고,[297] 경우에 따라서는 오히려 해로울 수도 있을 것이다. 반면 제3자의 입장에서 채무의 절대적 소멸은 사실상 증여에 다름 아니므로 어떻게 보더라도 손해인 반면, 상대적으로 소멸한다면 구상권을 취득하게 된다.[298] 상대적 소멸로 구상권을 취득한다고 하더라도 구상채무가 이행되지 아니한다면 제3자에게는 손해이지만, '가혹한 구상의 방지'라는 현행 제469조 제2항의 법의에서 알 수 있듯 역으로 제3자가 상대적으로 소멸한 채권에 부종하는 담보권 등을 취득하여 이득일 때도 있다. 요컨대 채무자에게는 채무의 절대적 소멸이, 제3자에게는 채무의 상대적 소멸이 유리한 것이다. 그렇다면 사회적 총량의 관점에서 어느 쪽이 더 바람직한가? 이 문제는 입법론적 제언을 도출하는 단계에서 후술하기로 하고, 현단계에서는 '제3자 변제의 유효성이 폭넓게 인정될수록 효율적이다'라는 결론을 재확인하고 넘어가고자 한다.[299]

---

296) 가정준(주 3), 192-193면은 '이행되지 않을 수 있는 위험이 내포된 기대이익'이 현실적으로 제공되어 만족됨으로써 '기대이익에서 위험성이 제거된 이익'으로 현실화된다고 표현한다.

297) 가정준(주 3), 193-194면.

298) 가정준(주 3), 194-195면.

299) 가정준(주 3), 195-196면.

제3절 비교법적 검토

제469조, 제480조와 관련하여 비교법적 검토는 과연 필요한가? 민법안 기초·심의 당시 우리 입법자는 이미 제469조와 관련하여 일본, 독일, 스위스, 프랑스, 대만, 만주 민법을 참조한 바 있다.[300] 그러나 최근 많은 나라의 채권법이 대개정됨에 따라 새로운 입법례를 반영할 필요가 생겼으며, 그러한 측면에서 우리의 현행 법제가 국제적 동향, 표준과 얼마나 가까운지 되돌아볼 필요가 있다. 또한 상당수 선행연구는 외국 입법례를 단편적으로 번역하기만 할 뿐 그 구체적 입법취지는 살피지 아니하였다는 점에서, 비교법적 연구의 공간과 필요성은 계속 확대되고 있다.

이에 이하에서는 우리 민법에 시사점을 제시할 수 있는 국가들을 선별하여 그 입법례와 판례 등을 소개하고자 한다. 편의상 이하에서는 가장 처음에 고대 로마법에서의 논의를 돌아보고, 독법계-불법계-영미법계-국제 모델법 순서로 검토한다.

Ⅰ. 고대 로마법

고대 로마시대부터 중세 때까지는 제3자 변제에 관하여 아무런 제한을 두지 아니하는 것이 보편적이었던 것으로 보인다.

학설휘찬의 서술은 로마 법학계의 관점을 잘 보여준다. Gaius,[301] Pomponius[302], Marcianus[303] 모두 '자연적 이치'와 '시민법상 이치'를 근거로 채무자의 부지(不知)·불원(不願) 여부와 무관하게 제3자 변제

300) 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 282면.
301) D.3.5.38(39); D.46.3.53.
302) D.46.3.23.
303) D.46.3.40.

의 유효성을 긍정하였다.[304] 이러한 태도는 중세 법학계에서도 유효하였는데, 예컨대 교회법학자 Ivo Carnutensis는 "누구든 타인을 위하여 변제함으로써 비록 그가 불원하거나 부지한 상태이더라도 그를 채무해방시킨다." 라는 Gaius의 가르침[305]을 전하고 있다.[306]

그러나 이러한 과감한 태도는 구상의 제한이 전제되었기에 가능한 것이었던 것으로 보인다. 본인이 명시적으로 반대의사를 표명한 상황에서 제3자가 이른바 '금지된 개입'을 감행할 경우, 제3자가 본인에게 구상할 수 있는지에 대하여 고전기에는 학설의 대립이 있었다.[307] 하지만 Paulus,[308] Pomponius, Iulianus는 이를 부정하였고, 이후 Iustinianus 황제는 칙령으로 부정설을 명시적으로 택하였다.[309][310] 중세에도 일부 이론은 있었으나 다수설은 여전히 부정설이었다.[311] 요컨대 중세까지의 주류적인 입장은 제3자 변제를 전부 허용하되, 채무자의 의사에 반한 경우에는 구상을 제한하는 것이었던 것으로 보인다.

한편 변제자대위와 유사한 제도로는 소권양도의 이익(beneficium cedendarum actionum)이 있었다. 제3자가 타인의 채무를 대신 변제할 경

---

304) 자세한 것은 이상훈, "로마법상 변제와 변제수령 －Paulus D.12.6.6을 중심으로－", **法史學硏究**, 第58號(2018. 10), 292-294면 참조.

305) D.3.5.38(39).

306) Ivo Carnutensis, *Decretvm D. Ivonis Episcopi Carnvtensis Septem Ac Decem Tomis Sive Partibvs Constans* (Grauius & Birckmannus, 1561), https://books.google.co.kr/books?id=mCJnAAAAcAAJ&lpg=PP5&ots=MXLg-TFB5o&dq=Ivo%20Carnutensis%2C%20Decretvm%20D.%20Ivonis%20Episcopi%20Carnvtensis%20Septem%20Ac%20Decem%20Tomis%20Sive%20Partibvs%20Constans&hl=ko&pg=PA445-IA1#v=onepage&q&f=false (prid. Kal. Feb. MMXXIII), p.445.

307) 이상훈, "타인 생활영역의 권한 없는 개입과 이득반환", **法史學硏究**, 第60號(2019. 10), 250면.

308) D.17.1.40.

309) C.2.18.24.

310) 이상훈(주 307), 250-251면.

311) 이상훈(주 307), 253면.

우 그 변제액을 채권자가 채무자를 상대로 갖는 채권에 대한 매매대금으로 의제함으로써, 변제에도 불구하고 채권이 소멸하지 아니하고 제3자에게 이전된다는 이론구성이었다.[312] 다만 변제 전에 소권양도가 이루어지거나 혹은 변제 후에 소권을 양도하기로 하는 명시적인 합의가 있었어야 하고,[313] 이를 활용할 수 있는 자 또한 공동상속인, 공동후견인, 공동보증인, 보증인과 주채무자 등으로 국한되었다.[314] 오늘날의 표현을 차용하자면 법정대위권자가 임의대위만을 할 수 있던 것이다. 그 외에도 일정한 경우 변제 사실만으로 채권자와의 합의 없이 담보권실행권을 이전시켜주는 채권자 지위 승계 제도도 있었는데, 후대 앙시앙 레짐(Ancien Régime)기 프랑스 법학자 Pothier는 양 제도를 통합하여 나폴레옹 민법상 대위제도의 토대를 형성하게 되었다.[315]

Ⅱ. 독일

1. 제1·2초안

가. 제1초안

제226조 채무자는 급부가 자신의 개인적 특성에 의존하는 때에 한하여 직접 급부하여야 한다.
제227조 ① 채무자가 직접 급부하지 아니하여도 되는 때에는 채무자의 동의 없이도 급부는 제3자에 의하여 이루어질 수 있다. ② 채무자가 급부의 수령에 반대할 경우 채권자는 이를 거부할 수 있다. 채권자가 급부를 수령하면 채무자의 반대와 무관하게 채무자의 채무는 소멸한다.

312) D.46.1.36.

313) D.46.3.76.

314) 小川浩三(주 11), 422頁.

315) 小川浩三(주 11), 422-424頁 참조.

제1081조 ① 채권자가 저당권에 의하여 토지에 의한 만족을 요구하는 때에는 채권의 상대방 및 토지에 대한 강제경매가 실행되면 강제경매에 의하여 토지에 대한 권리를 상실할 위험이 있는 자는 누구든지 채권자를 만족시킴으로써 강제집행을 막을 수 있다.
② 채권자는 만족의 대가로 채권을 권리자에게 양도하여야 한다. 제1094조 제2항부터 제4항까지의 규정은 영향을 받지 아니한다.
③ 강제집행이 채권의 일부에 관하여만 이루어지는 때에는, 그 일부를 양도함에 있어서 채권자가 채권의 나머지 부분에 관하여 우선권을 유보할 수 있음을 전제로 전2항의 규정을 적용한다. 우선권이 유보된 때에는 채권자의 재량에 의한 양도는 전부 이루어질 수 없다.

제1초안 제226조와 제227조 제1항은 채무의 성질상 제한이 없는 한 이해관계 존부 및 채무자의 반대 여부와 무관하게 채권자가 이를 거부하지 아니하는 한 제3자의 급부가 원칙적으로 가능함을 선언하였다.[316] 이에 관하여 제1초안 입법이유서는 "제226조의 규정은 채무자가 직접 급부할 필요는 없다는 법리를 명시함으로써 자연적 상황에 의하여 정당화되는 법생활의 관점에 따른 것이다."라고 밝히고 있다.[317] 다만, 제1초안 제227조 제2항은 채무자와 채권자의 합의로 제3자 급부를 금지할 수 있는 가능성을 열어놓은바, 채무자는 '이의권한(異議權限)'이 있을 뿐

316) 제1초안뿐 아니라, 제2초안, 현행 독일 민법 모두 제3자 변제(Erfüllung)가 아닌 제3자 "급부(Leistung)"라는 표현을 사용 중이다. 이는 독일 민법의 입법자들이 의식적으로 변제의 요건을 법규정에 열거하지 아니하였기 때문이다. 다만 그럼에도 불구하고 변제에 관한 규정인 독일 민법 제362조가 예정하는 변제의 주체에 제3자가 포함된다는 점에는 현재 이견이 없다. 자세한 것은 허명국, "변제에 있어서 급부의 주체 및 귀속 결정 -독일에서의 논의 및 우리법에의 시사점-", **홍익법학**, 제14권 제2호(2013. 6), 356면 참조.

317) Hermann Jatzow (Hrsg.), *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band II: Recht der Schuldverhältnisse* (Verlag von J. Guttentag, D. Collin, 1888), S. 32.

‘금지권한’은 없었다고 할 수 있다.[318]

한편 제1초안은 변제한 제3자의 구상 내지 변제자대위에 관한 구체적 규정은 불비하였다. 그 이유를 입법이유서는 다음과 같이 밝힌다.

> 제227조의 규정은, 제3자가 채무를 변제할 목적으로 채권자에게 급부할 경우, 채무자에 대한 채권 획득의 목적으로 급부를 해서는 아니 되고, 채무자에 대한 채권을 실제 얻어서도 안 된다는 점을, 본조의 효과가 발생하기 위한 당연한 요건으로 하고 있다. 본 초안은 어디에서도 이러한 점에 관한 일반적 가정을 하지 아니한다. 또한 그것이 증여로써 행하여지지 아니한 한, 변제를 목적으로 급부한 제3자가 채무자에 대하여 구상권을 갖는지, 갖는다면 어떠한 구상권을 갖는지에 관하여 현시점에 있어서는 일반적 규칙을 논할 수 없다.[319]

광범위한 제3자 급부의 자유를 보장하면서도, 구상권 및 변제자대위권의 남용 가능성을 경계하고 있었음을 엿볼 수 있다.

다만 제1초안은 변제권(Ablösungsrecht)에 관한 규정을 제1081조에 두었는데, 이는 일반채권자를 상대로 한 변제에 관한 제227조와는 구별되는 것이었다.[320] 즉, 제1081조는 저당권자에 대한 변제권에 관한 규정으로서, 채무자 외에도 점유자, 소지자, 기타 저당권에 기한 청구권이 행사되는 모든 상대방, 경매로 부동산에 관한 권리를 상실할 위험이 있는 모든 자를 변제권자로 규정하였다.[321] 이들 변제권자는 설령 채권자와 채무자 모두 변제에 반대하더라도 그와 무관하게 채무자의 채무를 대신 변제할 수 있었다. 다만 제1초안은 변제권과 별개로 이들에게 대위권은 인

318) 郭潤直 編(주 28), 109면(金大彙 執筆部分).
319) Jatzow(주 317), S. 33.
320) 諸哲雄(주 146), 721면.
321) 諸哲雄(주 146), 721면.

정하지 아니하였는데, 제1081조 제2항에서 채권양도와 상환하여 변제할 것을 청구할 수 있도록 할 뿐이었다.[322]

나. 제2초안

제224조 채무자가 직접 급부할 필요가 없는 때에는 채무자의 동의 없이도 제3자에 의하여 급부가 이루어질 수 있다. 채무자가 수령에 반대할 경우 채권자는 급부를 거절할 수 있다. 제1057조 채권자가 토지에 의한 만족을 요구하는 때에는 강제경매로 토지에 대한 권리 또는 점유를 상실할 위험이 있는 자는 누구든지 채권자를 만족시킬 수 있다. 이에는 제1050조 제2항 및 제1051조, 제1052조의 규정을 준용한다.

제2초안 또한 제1초안과 크게 달라진 점은 없었다. 제1초안 제226조가 선언하고 있는 법리는 다른 규정에 비추어 보아도 자명하므로 불필요하다고 판단되어 삭제되었으며,[323] 제2초안 제224조는 제1초안 제227조와 내용상 차이는 없었다.

그러나 변제자대위와 관련하여는 큰 변화가 있었다. 제2초안 제1057조는 변제권자의 범위를 확대함으로써, 저당권자뿐 아니라 일반채권자가 강제경매를 청구할 때에도 그를 상대로 한 변제권이 인정되었다.[324] 또한 변제권의 효과로서 법정대위를 인정하게 되어, 변제권자가 변제함과 동시에 기존 채권과 담보권이 변제권자에게 당연 이전되게 되었다.[325]

---

322) 諸哲雄(주 146), 721면.

323) Achilles/Gebhard/Spahn, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse. Abschn. I, Abschn. II Tit. I* (J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1897), S. 305.

324) 諸哲雄(주 146), 722면.

2. 현행 독일 민법[326]

제267조(제3자에 의한 급부) ① 채무자가 스스로 급부하여야 할 것이 아닌 경우에는 제3자도 급부를 실행할 수 있다. 채무자의 동의는 요구되지 아니한다. ② 채무자가 이의하면 채권자는 급부를 거절할 수 있다. 제268조(제3자의 변제권) ① 채권자가 채무자에 속하는 목적물에 대하여 강제집행을 실시하는 경우에 강제집행에 의하여 목적물에 대한 권리를 상실할 위험이 있는 자는 채권자를 만족시킬 권리가 있다. 강제집행에 의하여 점유를 상실할 위험이 있는 자도 같은 권리를 가진다. ② 만족은 공탁 또는 상계로써도 할 수 있다. ③ 채권은 제3자가 채권자를 만족시키는 한도에서 제3자에게 이전한다. 이 이전은 채권자에게 불이익하게 주장될 수 없다. 제412조(채권의 법정양도) 법률에 의한 채권양도에 대하여는 제399조 내지 제404조, 제406조 내지 410조[채권양도]가 준용된다. 제1142조(소유자의 만족권) ① 채권이 소유자에 대하여 이행기가 도래한 경우 또는 인적 채무자가 급부할 권리를 가지는 경우에 소유자는 채권자를 만족시킬 권리가 있다. ② 만족은 공탁 또는 상계로써도 할 수 있다. 제1150조(제3자의 변제권) 채권자가 토지로부터 만족을 청구한 경우에 대하여는 제268조[제3자의 변제권], 제1144조[증서의 양도], 제1145조[일부변제]가 준용된다. 제1249조(변제권) 질물의 양도에 의하여 질물에 대한 권리를 상실하게 될 자는 채무자가 급부할 권리를 가지는 때에는 질권자를 만족시킬 수 있다. 제268조 제2항, 제3항[제3자의 변제권]은 이에 준용된다.

325) 諸哲雄(주 146), 722면.

326) 번역은 梁彰洙 譯, **독일민법전** 2021년판(박영사, 2021), 121, 123, 253, 847, 849, 895면을 참고하였다.

현행 독일 민법 제267조는 제1·2초안의 태도를 그대로 계승하고 있다. 한편 독일 민법 제268조 제1항은 강제집행으로 인하여 목적물에 대한 권리를 상실할 위험이 있는 제3자의 변제권을 특별히 보호하는데, 이는 제2초안 제1057조에서 확대된 변제권자의 범위를 반영한 것이다.[327] 제1초안 때부터 인정되어 온 저당권자 및 질권자에 대한 변제권 규정은 채권편이 아닌 물권편인 독일 민법 제1142조(저당권설정자), 제1150조(토지채무자)와 제1249조(질권설정자)에서 다루게 되었고,[328] 제268조에서는 일반 금전채권자의 신청에 의한 강제경매절차를 규율하게 되었다.

독일 민법 제268조 제1항 제1문의 "목적물에 대한 권리"란 기본적으로 물권에 국한된다.[329] 다만 예외적으로 인적회사에서 어느 한 사원의 채권자가 그 사원의 지분반환청구권을 압류한 경우, 다른 사원은 그를 대신하여 변제할 권리가 있다.[330] "권리"는 확정적 권리일 필요는 없으며, 청구권보전의 가등기권자(독일 민법 제883조) 및 강제저당권자(독일 민사소송법 제864조 내지 제871조)도 "목적물에 대한 권리를 상실할 위험이 있는 자"에 해당한다.[331] 제2문의 "점유를 상실할 위험이 있는 자"의 대표적 예로는 경락인의 해지 통고(독일 강제경매와 강제관리에 관한 법률 제57a조)에 대항할 수 없는 임차인,[332] 강제경매를 위한

327) 諸哲雄(주 146), 722면.

328) 郭潤直 編(주 28), 116면(金大彙 執筆部分); 諸哲雄(주 146), 722면.

329) Krüger, Wolfgang, in ders. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. (C.H.Beck, 2019), § 268 Rn. 6.

330) Krüger(주 329), Rn. 6. 독일 상법 제135조에 따라 채권자는 6개월 동안 그 사원의 동산에 대한 강제집행이 불능일 때에는 일정 요건을 구비하여 회사의 존속기간을 불문하고 회사를 해산시킬 수 있기 때문이다.

331) Schulze u.a., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Aufl. (Nomos, 2021), § 268 Rn. 4. 가등기권자에 관하여 BGH NJW 1994, 1475 참조. 기타 공유지분권자, 공동상속인이 이에 포함되는지에 관하여는 논란이 있다. Krafka, in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR: BGB* (C.H.Beck, 2022), § 268 Rn. 14 f. 참조.

332) Krüger(주 329), Rn. 9.

인도청구의 대상이 되는 동산·부동산의 점유자(독일 민사소송법 제847조, 제848조) 등을 들 수 있다.[333]

독일 민법 제268조 제1항은 그 문언에서 밝히고 있듯 단순히 강제집행의 위험이 있거나 임박한 것을 넘어 강제집행이 실제로 실시되어 진행중일 것을 그 적용 요건으로 한다.[334] 법원의 강제경매개시결정이 있을 것까지 요구되지는 아니하며 채권자의 경매신청 이후면 족하나, 다만 채권자가 경매신청을 취하하였거나 법원의 낙찰결정과 함께 강제집행절차가 종료된 이후에는 동조에 기한 변제는 더 이상 불가능하다.[335]

독일 민법 제268조는 어디까지나 강제집행으로 인한 권리·점유의 상실을 방지할 기회를 제3자에게 부여하는 데 그 의의가 있는바, 대항할 수 있는 후순위 권리들에 대하여는 동조에 따른 변제권이 인정되지 아니한다.[336] 아울러 법문에서 명시하듯 강제집행의 대상은 '채무자의 소유물'로 국한되는바,[337] 채무자 이외의 자의 소유물에 대한 강제집행은 제3자이의의 소(독일 민사소송법 제771조)로써만 저지할 수 있다.[338]

독일 민법 제267조와 제268조의 관계에 관하여는 서로 겹치지 아니하는 범위를 규율한다는 상호배타설과 제268조가 제267조의 특별규정이라는 특별규정설이 대립한다.[339] 독일 민법 제267조와 제268조는 채권자와 채무자 간 합의에 의한 제3자 변제의 금지 가부라는 측면은 물론,[340] 변

333) Krafka(주 331), Rn. 17.
334) RGZ 146, 317, 322.
335) Krafka(주 331), Rn. 8; Krüger(주 329), Rn. 3.
336) BGHZ 196, 243 참조.
337) BGH NJW 1965, 1475.
338) Krafka(주 331), Rn. 11.
339) Krafka(주 42), Rn. 5; Krüger(주 329), Rn. 1.
340) 독일 민법 제267조의 "스스로 급부하여야 할 것"은 당사자 간 합의로도 정할 수 있다는 것이 통설적 견해이다. Krüger(주 117), Rn. 6. 참조. 그러나 독일 민법 제268조에는 이러한 규정이 없는바, 당사자 간 합의로 제3자의 변제권을 배제할 수는 없다.

제자대위의 측면에서도 큰 차이를 파생한다. 변제자대위에 관한 독일 민법 제268조 제3항의 규정은 제267조에는 적용되지 아니하므로, 제268조의 변제 시에는 기존 채권은 물론 담보권 등도 함께 이전하는 반면,[341] 제267조 변제 시에는 제362조 제1항에 따라 채권과 담보권 등이 절대적으로 소멸한다.[342] 우리 민법의 용어를 차용하자면, 법정대위만 가능한 것이다. 이처럼 독일 민법 제267조 소정의 '자발적인(freiwilligen) 제3자 급부'의 경우 현행 독일 민법상으로는 임의대위 규정조차 없어 기존의 담보권 등은 모두 소멸하게 되는바,[343] 입법론적으로는 채권자에게 통지를 함으로써 임의대위가 가능하도록 해야 한다는 비판이 많다고 한다.[344] 다만 아무런 대항요건을 요하지 아니하는 우리의 법정대위와 달리, 독일 민법 제268조 제3항의 변제자대위에 있어서는 독일 민법 제412조에 따라 채권양도에 관한 규정들이 준용된다는 차이가 있다.

한편 독일 민법 제399조, 제400조에 따라 양도성을 상실한 채권의 경우에도 법정대위의 대상이 될 수 있는지에 관하여는 논란이 있는데, 판례는 합목적적 축소해석을 통하여 위 조문들 소정의 '양도'에 구상을 위한 법정대위는 불포함되는 것으로 해석하고 있다.[345][346]

독일 민법 제268조 제3항 후문은 제3자의 변제에 따른 변제자대위의 결과로 채권자가 채무자로부터 변제받을 때에 비하여 불리한 위치에 놓이면 아니 된다는 취지를 규정하는바,[347] 이에 따라 판례는 제3자의 일

341) BGHZ 46, 14 f.
342) Krüger(주 329), Rn. 1.
343) BGH WM 1975, 1235.
344) Krafka(주 42), Rn. 47.1.
345) BGHZ 4, 153.
346) 제3자는 독일 민법 제268조가 아닌 제267조에 기한 변제를 선택하여 위임, 부당이득 법리에 따른 구상을 할 수도 있다고 한다. Krafka(주 331), Rn. 24 참조.
347) RGZ 131, 323, 325.

부 변제 사안에서 우리와 같이 채권자우선설을 택하고 있다.[348]

한편 독일 민법 제267조에 기한 변제의 경우 오직 본래의 급부제공만 포함하므로[349] 그에 갈음한 제3자의 대물변제, 공탁, 상계 등에 대하여 채권자는 이를 수령할 의무가 없다.[350] 반면 제268조 제2항은 공탁, 상계 방식의 변제권을 명문으로 긍정하고 있다는 차이점이 있다.[351] 다만 독일 민법 제267조의 경우 대물변제, 공탁, 상계에 관한 채권자의 수령 '의무'가 없을 뿐, 채권자가 자의로 수령하는 것은 무방하다.[352]

독일 민법 제267조, 제268조에 따라 타인의 공법상 원인에 기한 채무를 대신 변제하는 것도 가능하다.[353]

Ⅲ. 스위스

스위스 채무법[354]
제68조 채무자는 급부가 채무자 개인에 관한 것인 때에 한하여 채무를 직접 이행하여야 한다.
제110조 제3자가 채권자를 만족시킨 때에는 채권자의 권리는 법률에 의하여 변제자에게 이전된다:

348) BGH WM 1990, 861 f.; BGH WuM 2010, 257, 258 f.

349) RGZ 119, 4; BGH NJW 1982, 386.

350) Krüger(주 117), Rn. 14. 제3자의 대물변제에 관하여 OLG Düsseldorf MDR 1991, 248; 제3자의 상계에 관하여 RGZ 119, 1, 4; OLG Celle WM 2001, 2444 각 참조. 反對: Krafka(주 42), Rn 13.1.

351) 그러나 대물변제의 경우에는 독일 민법 제364조 제1항에 따라 여전히 채권자의 동의를 요한다고 한다. Krüger(주 329), Rn. 11 참조.

352) Krüger(주 117), Rn. 14.

353) Krüger(주 117), Rn. 8. 독일 국세기본법(Abgabenordnung, AO) 제48조 제1항은 제3자의 세금 대납이 가능함을 명시하고 있다. 관세를 대신 변제한 사례로 BGH NJW 1956, 1197 참조.

354) 번역은 법제처, **스위스채무법(법제자료 제79집)**(법제처, 1976), 16, 26-27면을 참고하였다.

1. 타인 채무의 담보로 제공된 물건에 소유권 또는 제한물권을 가진 제3자가 변제에 의하여 그 물건을 회수한 경우
2. 변제자가 채권자에 대위함을 채무자가 채권자에게 통지한 경우

스위스 민법[355]

제827조 ① 토지소유자가 피담보채권의 채무자가 아닌 때에는 채무자가 채권의 소멸을 위하여 가지는 권한과 동일한 요건하에 담보권을 소멸시킬 수 있다.
② 토지소유자가 채권자에게 변제한 때에는 채권은 그에게 이전된다.

스위스 채무법 제68조는 조문상으로는 제3자 변제에 관하여 성질상 제한을 제외하고는 아무런 제약을 두고 있지 아니하다. 따라서 주로 해석론의 차원에서 논의가 이루어지고 있다. 다만, 스위스 채무법 제110조 제1호는 법정대위권자의 하나로 물상보증의 목적물에 붙은 부담을 소멸시킨 그 소유자 또는 제한물권자를 들고 있고, 스위스 민법 제827조는 물상보증인의 변제권과 법정대위권을 규정하고 있는바, 학설은 그에 준하는 강력한 이해관계를 지닌 제3자는 당사자의 의사에 무관하게 이행할 수 있고 그에 따라 당연히 채권자를 대위한다고 본다.[356] 반면, 그에 미치지 못하는 약한 이해관계를 지닌 제3자는 채권자와 채무자 모두 반대하는 때에는 이행할 수 없다고 한다.[357] 약한 이해관계만 있는 제3자의 변제에 관하여, 채무자는 반대하지 아니하는데 채권자만 반대할 경우 채권자는 수령지체 책임을 부담하는 반면, 채무자는 반대하는데 채권자는 반대하지 아니할 경우 채권자는 유효하게 제3자 급부를 수령할 수도, 이

355) 번역은 法制處, **스위스 民法(法制資料 第64輯)**(法制處, 1974), 191면을 참고하였다.
356) 예컨대 불가분채무자(스위스 채무법 제70조)나 연대채무자(스위스 채무법 제149조)를 들 수 있다. 郭潤直 編(주 28), 188면(李仁宰 執筆部分) 참조.
357) 郭潤直 編(주 28), 109면(金大彙 執筆部分); 김용덕 편(주 29), 72면(정준영 집필부분).

를 거절할 수도 있다.[358]

한편 스위스 채무법 제110조는 제2호에서 임의대위를 규정하고 있는데, 특이하게도 임의대위에 필요한 통지의 주체를 채권자가 아닌 '채무자'로 규정하고 있다. 즉, 채무자가 채권자에게 제3자가 채권자 지위를 갖게 되었음을 통지하면 제3자가 임의대위를 할 수 있는 것이다. '채권자'의 승낙과 통지를 규정한 우리 제480조와 다른 지점이다.

Ⅳ. 오스트리아[359]

제1358조 보증인 또는 물상보증인이 타인의 채무를 변제한 경우에 그는 채권자의 권리를 대위하고 채무자에게 변제한 채무의 배상을 청구할 수 있다. 만족을 얻은 채권자는 이를 위해 현재 가지고 있는 모든 법적 구제수단과 담보물을 인도할 의무가 있다. 제1422조 타인의 채무를 변제한 자가 책임을 부담하는 자가 아닌 경우에는 (제1358조) 채권자에게 변제 시 또는 그 전에 권리의 양도를 청구할 수 있다. 이러한 경우에 변제는 채권의 매입(Einlösung)으로서 효력을 갖는다. 제1423조 매입이 채무자의 동의를 얻어 이루어진 경우에는 채권자는 이를 수령하여야 한다. 그러나 채권자는 채권의 자력과 존재에 관하여 기망한 경우를 제외하고는 책임을 부담하는 것은 아니다. 채무자의 동의가 없다면 채권자는 통상(제462조) 제3자에 의한 변제를 강요받지 아니한다.

오스트리아 민법 제1423조 제3문은 채권자와 채무자 중 일방의 동의만 있다면 제3자 변제가 가능함을 규정한다. 그러나 채권자와 채무자 모두가 부동의한다면 제3자 변제는 이루어질 수 없다. 그 예외는 오스트리아 민법 제1358조의 사안으로서, 동조는 보증인과 물상보증인을 채무자

358) 金己煥, **상계에 관한 연구**, 박사학위논문, 서울대학교(2014), 85면.

359) 번역은 金己煥(주 358), 83면을 참고하였다.

의 동의 없이 변제할 수 있는 법정대위권자로 규정하고 있다.

제3자 변제에 관한 일반조항이 부재한 오스트리아 민법의 특성상 채무의 성질에 따른 제3자 변제의 제한이 일반적으로 인정되는지가 문제된다. 이에 관하여 오스트리아 민법 제1153조와 제1171조는 각 고용계약과 도급계약에서 노무자와 수급인의 직접 이행 원칙을 명언하고 있는데, 학설은 일반적으로 제1153조와 제1171조로부터 채무의 성질에 터잡은 제3자 변제 제한의 법리를 도출하고 있다.[360]

한편 기타 일반적인 제3자 변제와 관련하여 오스트리아 민법 제1422조는 유효하게 변제한 제3자는 채권자에게 권리의 양도를 구할 수 있다고 함으로써 일종의 임의대위 제도를 구비하고 있다.

Ⅴ. 일본

제474조(제3자의 변제) ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. ② 변제할 정당한 이익이 있는 자가 아닌 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다. 다만, 채무자의 의사에 반하는 것을 채권자가 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다. ③ 전항의 제3자는 채권자의 의사에 반하여 변제하지 못한다. 다만, 그 제3자가 채무자의 위탁을 받아 변제하는 경우, 그 사실을 채권자가 알고 있었던 때에는 그러하지 아니하다. ④ 전3항의 규정은 그 채무의 성질이 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때 또는 당사자가 제3자의 변제를 금지하거나 제한하는 취지의 의사표시를 한 때에는 적용하지 아니한다. 제499조(변제에 의한 대위의 요건) 채무자를 위하여 변제한 자는 채권자를 대위한다.

360) 김재형 역, Lando, Ole & Hugh Beale 편, **유럽계약법원칙(제1·2부)**(박영사, 2013), 517면.

제500조(동전) 제467조[채권양도 대항요건]의 규정은 전조의 경우(변제할 정당한 이익을 가진 자가 채권자를 대위하는 경우를 제외한다)에 대하여 준용한다.

일본의 보아소나드 민법, 메이지 민법 시기의 규정은 앞서 살핀 바와 같다. 그러나 2017년 채권편 개정을 계기로 일본 민법의 많은 내용이 개정되었다. 개정 과정에서의 구체적 논의는 입법론적 제언 부분에서 후술하기로 하고, 여기서는 개정 일본 민법의 내용을 위주로 본다.

우선 일본 민법 제474조 제2항은 기존의 "이해관계"라는 표현을 "변제할 정당한 이익"이라는 표현으로 교체하였다. 이는 변제에 있어서 채무자의 승낙을 불요하는 제3자와 법정대위권자가 동일한 범주임을 명시적으로 밝힌 것이다.[361] 다만 학계에서는 메이지 민법상 "이해관계"와 "변제할 정당한 이익" 간에는 차집합이 존재한다는 의견들이 있었는데, 개정 일본 민법상 "변제할 정당한 이익"은 메이지 민법상 "이해관계"와 "변제할 정당한 이익"을 모두 포괄하는 합집합의 개념이라고 한다.[362]

한편 동항에 단서를 신설하여, 채무자의 이해관계에 반한다는 사실에 대하여 선의인 채권자는 물론, 제3자와 거래안전까지도 입법적으로 보호하고자 하였다. 이는 '채무자의 의사는 채권자 또는 제3자에 대하여 미

361) 法制審議会民法（債権関係）部会, **民法（債権関係）の改正に関する検討事項(5)詳細版**, 平成22(2010)年4月27日, 民法（債権関係）部会資料10-2, 2頁; 法制審議会民法（債権関係）部会, **民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(11)**, 平成24(2012)年5月8日, 民法（債権関係）部会資料39, 3-4頁; 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第8回会議議事録**, 平成22(2010)年4月27日, 3頁.

362) 山本宣之(주 12), 2475-2478頁 참조. 구 메이지 민법상 원칙적으로 연대채무자, 보증인, 담보부동산의 임차인, 일반채권자는 "이해관계"는 없으나 "변제할 정당한 이익"은 있는 반면, 임차한 토지상 건물의 임차인은 "이해관계"는 있으나 "변제할 정당한 이익"은 없었다고 한다. 다만 이러한 차집합의 존재를 부정하는 것이 "자연스럽고 타당"하며, 개정 일본 민법상 "변제할 정당한 이익"은 이를 감안한 것이라고 한다.

리 표시될 필요는 없고, 심지어 제3자가 이를 몰라도 무방하며, 제반사정에 비추어 보아 인정할 수 있으면 족하다’는 학설의 해석론을 입법적으로 무효화(override)시킨 것이라 할 수 있다. 특히 채권자는 선의이면 족하고 무과실일 필요까지는 없으므로, 제3자의 변제를 불원하는 채무자로서는 더욱 적극적으로 미리 그 의사를 표명하여야 한다.[363] 이는 구 메이지 민법상으로는 제3자의 변제가 채무자의 의사에 반하는지 여부를 채권자가 조사·확인하여야 했던 것과 달라진 지점이다.[364] 만일 채무자가 이러한 조치를 취하지 아니한 결과 채권자가 선의로 제3자의 변제를 수령하였다면, 구 메이지 민법과는 달리 그 변제는 유효하여 제3자에 대하여 반환의무를 부담하지도, 증서의 반환을 구할 필요도 없게 된다.[365]

신설된 일본 민법 제474조 제3항은 채권자에게도 이해관계 없는 제3자 변제의 거부권을 부여하되, 그 제3자와 채무자 간 위임관계에 대하여 채권자가 악의인 때에는 그러하지 아니하도록 하였다. 종래에는 채무자가 제3자에게 위탁하였음이 명백하지 아니한 이상, 채권자로서는 그 의사와 무관하게 일단 급부를 수령하였다가도 이후 채무자의 반대의사가 밝혀지면 이를 반환할 위험을 부담해야 했다. 제3자가 제공한 변제가 유효라고 추정되는 이상 채권자로서는 채권자지체의 책임을 면하기 위하여는 이를 거절할 수 없었기 때문이다. 이에 대비하여 새 일본 민법 제474조 제3항은 채권자에게도 그러한 위험을 회피할 수 있는 보호수단을 제공하였다.[366] 이때 채권자의 의사는 변제 당시에 존재하면 족하고, 미리

363) 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第92回会議議事録**, 平成26(2014)年6月24日, 46頁 중 마츠오 히로노리 관계관의 발언; 山本宣之(주 12), 2485-2486頁. 단 제3자가 반사회적 세력이어서 채무자에 대한 가혹한 구상이 예견되는 등 채무자의 의사에 반한다는 사실이 용이하게 추측됨에도 변제를 수령한 경우와 같이 중과실이 있는 때에는 악의로 볼 소지가 있다고 한다.

364) 山本宣之(주 12), 2486頁.

365) 山本宣之(주 12), 2486頁.

외부에 표시되어 있을 필요는 없다.[367] 이에는 채권자의 채무자를 상대로 한 자유로운 권리행사를 보장하기 위한 목적도 내포되어 있다. 예컨대 토지임차인이 차임을 연체하는 등 불성실한 태도로 일관할 경우 토지임대인으로서는 임대차계약을 해지하고 성실한 새 임차인을 모색하고 싶을 수 있는데, 이 경우에 제3자인 임대차 토지 지상 건물의 임차인이 차임을 지불해버리는 등의 개입을 막을 필요성이 있다는 것이다.[368] 다만 제3자에 대하여 채무자의 위탁이 있는 경우에는 이러한 채권자의 자유가 후퇴하게 되는데, 여기서 "위탁"은 단순한 용인의 의사를 넘어 '합의'라고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 하고,[369] 채권자가 이에 대하여 악의가 되도록 하기 위하여는 채무자는 그 취지를 적극적으로 채권자에게 고지하여야 한다.[370]

이러한 변화의 결과, 종래 구 메이지 민법상으로는 채권자가 각종 조사・확인 의무와 위험을 전부 부담했던 것과 달리, 개정 일본 민법상으로는 채권자는 별다른 노력을 기울일 필요가 없고, 채무자와 제3자가 각종 조사・고지의무와 위험을 부담하게 되었다.[371] 일종의 증명책임 전환과 유사한 효과를 거둔 것이다. 다만 이로 인하여 채권자의 자의적인 의

366) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録**, 8, 12頁 중 마츠모토 츠네오 위원, 마츠오카 히사카즈 위원의 발언; 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第22回会議議事録**, 平成23(2011)年11月25日, 20頁 중 마츠모토 츠네오 위원, 마츠오카 히사카즈 위원의 발언; 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第87回会議議事録**, 平成26(2014)年4月22日, 9頁 중 마츠오 히로노리 관계관의 발언.

367) 山本宣之(주 12), 2487頁.

368) 山本宣之(주 12), 2479-2480頁.

369) 본래 제474조 제3항 단서의 표현은 "채무자의 승낙을 얻은 때"였으나, 이후 논의 과정에서 "채무자의 위탁을 받아"로 변경된 것이다. 다만 '위탁'은 이행인수 등의 사안을 염두에 둔 것일 뿐이므로, 양자는 사실상 같다는 견해도 있다. 山本宣之(주 12), 2492頁 참조.

370) 山本宣之(주 12), 2486頁.

371) 山本宣之(주 12), 2487-2489頁.

사 관철이 있을 수 있어 이를 해석론으로 제한하여야 한다는 목소리도 있다. 예컨대 임차인인 가장(家長)이 차임연체 상태에서 도주하여 소재불명인 경우, 피부양자인 가족들로서는 임차인의 "위탁"을 받을 수 없는 이상, 임대인이 변제를 거절할 경우 피부양자인 가족들로서는 임대차계약의 해지를 막을 수 없게 되는데, 이는 지나치다는 것이다.[372]

제3자 변제 규정의 변화와 더불어 변제자대위 규정에도 변화가 일었다. 메이지 민법에서는 제499조와 제500조를 각 임의대위와 법정대위 규정으로 병렬적으로 배치하였다. 그러나 개정 일본 민법에서는 조문상으로는 임의대위와 법정대위의 구분을 없앴다. 다만, 종전의 임의대위의 경우에는 여전히 채권양도 대항요건을 요하며, 불합리하다는 비판을 받아오던 '채권자의 승낙' 요건을 폐지함으로써 채권자에게의 통지만으로도 대위가 가능하도록 요건을 완화하였다.[373]

Ⅵ. 대만[374]

제311조 ① 채무의 변제는 이를 제3자가 할 수 있다. 그러나 당사자가 달리 약정하거나 채무의 성질에 의하여 제3자가 변제할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다. ② 제3자의 변제에 관하여 채무자가 이의를 한 때에는 채권자는 그 변제를 거절할 수 있다. 그러나 제3자가 채무의 이행에 관하여 이해관계가 있는 때에는 채권자는 거절할 수 없다.

372) 山本宣之(주 12), 2484, 2490頁 참조. 다만 가족은 피부양자로서 임차인에게 부양청구권을 갖는 이상, "변제할 정당한 이익이 있는 자"에 해당하여 변제가 유효하다고 볼 여지도 있다고 한다.

373) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 33頁 중 나카이 야스유키 위원의 발언.

374) 번역은 김성수 역, 中華民國法務部 編, **대만민법전**(법무부, 2012), 189면을 참고하였다.

제312조 채무의 이행에 관하여 이해관계 있는 제3자가 변제한 때에는 그 변제의 한도 내에서 채권자의 권리를 대위할 수 있되, 다만 채권자의 이익을 해할 수 없다. 제313조 제297조 및 제299조의 규정[채권양도]은 전조의 권리의 대위에 준용한다.

대만 민법 제311조 제1항은 우리 제469조 제1항과 같은 내용이다. 그러나 대만 민법 제311조 제2항에 의하면 이해관계 없는 제3자의 변제를 거부하기 위하여는 채권자와 채무자의 합의를 요한다는 점에서, 채무자의 반대만으로 제3자 변제를 제한할 수 있는 우리와는 큰 차이가 있다. 다만 '이해관계 있는 제3자'의 해석론에 있어서는 우리와 유사하게 연대채무자, 불가분채무자, 보증인, 물상보증인, 담보물의 제3취득자 또는 매수인이 전형적인 예로 거시된다.[375] 최고법원 또한 "이해관계"는 폭넓게 인정하여야 한다는 입장에서, 매매목적부동산에 대하여 매수인이 대금을 완납하였음에도 매도인의 채권자의 가압류로 인하여 등기이전 및 인도가 불가능한 상황이라면, 매수인은 대신 변제를 아니하는 한 소유권과 점유권을 취득할 수 없고 매도인의 채권자가 강제경매 시 영구적으로 이를 취득할 수 없게 된다는 점에서 담보물의 제3취득자와 유사한 법률상 이해관계 있는 제3자에 해당한다는 취지의 결의(決議)[376]를 내놓은 바 있다.[377] 그 외 판례상 이해관계 있는 제3자로 인정된 사례로는, 보증인은 아니지만 금전 차용 당시 그 현장에서 대출금을 회수할 책임이 있다고 약정한 중개인(借款時在場之中人) 등이 있다.[378] 물론 법률상 이해관

375) 臺灣高等法院101(2012)年度上易字第185號民事判決.

376) 최고법원 결의는 구 최고법원 사무처리규정(最高法院處務規程) 제32조에 따라 법원의 법리적 견해를 통일하는 수단으로서, 2019년 7월 14일 개정 규정 시행으로 폐지되었다.

377) 最高法院65(1976)年度第1次民事庭庭推總會議決議(2)(1/20/1976).

378) 最高法院29(1940)年度渝上字第1354號民事判決. 同旨: 最高法院83(1994)年度台上字第3252號民事判決; 臺灣高等法院臺南分院95(2006)年度上易字第82號民事判決.

계를 폭넓게 새기는 것과 별개로, 사실상 이해관계의 경우에는 대만 민법 제311조 제2항, 제312조의 “이해관계”에 해당하지 아니한다.[379]

한편 변제자대위에 관하여 대만 민법 제312조와 제313조는 채권양도 방식의 법정대위에 관하여만 규정하고 있으며, 이해관계 없는 제3자의 임의대위에 관하여는 규정이 없다. 이러한 대만의 입법례는 독일 민법과 전반적으로 매우 유사하다고 할 수 있다.

Ⅶ. 중국[380]

제524조 ① 채무자가 채무를 이행하지 아니하고, 제3자가 그 채무의 이행에 대하여 적법한 이익이 있는 경우에 제3자는 채권자에게 대위하여 이행할 수 있다. 그러나 채무의 성질, 당사자의 약정이나 법률의 규정에 따라 채무자만 이행할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 채권자가 제3자의 이행을 수령한 후에는 그 채무자의 채권은 제3자에게 양도된다. 그러나 채무자와 제3자가 달리 정한 때에는 그러하지 아니하다.

중국 학계에서는 제3자 변제(第三人代为清偿)를 크게 ① 3면계약에 따른 제3자의 변제(由第三人履行的合同)와 ② 제3자의 자발적 변제(第三人自愿清偿)로 대별한다.[381] 기존의 중국 계약법(合同法)은 제65조에서 ① 3면계약에 따른 제3자의 변제만 의율하고 있을 뿐이었다.[382] 제3자가 채

379) 最高法院91(2002)年度台上字第2544號民事判決.

380) 번역은 김성수, **중화인민공화국 민법전 조문번역과 해제**(법무부, 2020), 205면을 참고하였다.

381) 양자의 공통점과 차이점에 관하여 보다 자세한 내용은 王利明, “论第三人代为履行——以《民法典》第524条为中心”, **法学杂志**, 2021年第8期(2021), 11-12页 참조.

382) 구 중국 계약법 제65조(제3자의 채무이행) 당사자 간 제3자가 채권자에게 채무를 이행하도록 약정하였으나, 제3자가 채무를 이행하지 아니하거나 이행한 채무가 약정에 부합하지 아니하는 경우, 채무자는 채권자에 대하여 위약책임을 부담하여야 한다.

무자뿐 아니라 채권자와도 합의하였다는 점에서 이행인수와 구별되면서도, 동시에 제3자는 채권자가 아닌 '채무자'에 대하여 채권자에게 이행할 채무를 부담한다는 점에서 병존적 채무인수와도 구별되는 특성을 지니는 제도였다.[383] 따라서 만일 제3자의 불이행 또는 불완전이행이 발생할 경우, 채권자에게 책임을 부담하는 것은 제3자가 아닌 채무자였다.

반면 ② 제3자가 자신의 부담으로 변제를 하는 것에 관하여는 아무런 일반조항이 없었고,[384] 구 중국 물권법(物权法)상 보증인 및 물상보증인,[385] 담보물의 제3취득자[386]의 변제에 관하여 개별 규정이 있을 뿐이었다. 이에 중국 학계 내부적으로 보완이 필요하다는 논의가 활발히 제기되었다.[387] 제3자 변제를 허용할 경우 채무자 입장에서는 채권자가 변경되는 것에 다름 아니어서 별다른 손해가 없거나 제3자가 증여의 의사로 변제하는 때에는 이득을 보게 되고, 채권자와 제3자로서도 손해를 방지할 수 있으며, 거래의 활성화도 도모할 수 있다는 것이 그 이유였다.[388] 실무상으로는 일찍이 제3자의 자발적인 변제가 널리 활용되어왔다. 예컨대 임차인의 차임연체를 이유로 임대인이 임대차계약을 해지하고자 할 경우, 최고인민법원은 적법한 전차인이 임대인에게 연체차임과 손해배상채무를 대신 변제한 후 이를 임차인에게 구상하거나 전대차계약상 차임을 감액받을 수 있다고 보았다.[389] 또한 하급심 판례 중에는 우리나라에

---

383) 崔吉子, **债权法学**(北京大学出版社, 2012), 96-98页.

384) 전대규, **중국민법**(법률정보센타, 2009), 1002면.

385) 구 중국 물권법 제176조. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号) 第三十八条를 입법적으로 수용한 것으로, 현행 중국 민법 제392조에서 같은 내용을 규정 중이다.

386) 구 중국 물권법 제191조 제2항 단서.

387) 가정준(주 3), 203면; 张晓梅, "第三人主动履行债务的性质及效力", **法律适用**, 2003年第12期(2003), 74页. 구체적인 입법적 개선 방안으로 예컨대 崔吉子(주 383), 97-98页은 독일 민법과 같은 제도의 도입을 주장하였다.

388) 王利明(주 381), 3-4页.

서의 이행인수와 유사하게, 주택의 매수인이 주택 매도인의 제3자에 대한 채무를 대신하여 변제하는 방식으로 매매대금을 갈음한 사례도 있다.[390] 다만 명시적인 조문이 없는 관행이었기에, 그 법적 성격에 관하여 학설은 제3자가 보증인과 같은 지위에 있다는 설, 채권자와 제3자 간 채무자의 동의 없이 한 면책적 채무인수라는 설, 병존적 채무인수라는 설, 제3자의 독자적 변제라는 설 등으로 나뉘어 있었다.[391]

이러한 실무례와 학계에서의 논의를 반영하여, 2021년 1월 1일부터 시행된 통합 중국 민법은[392] 제524조에서 제3자 변제 및 그에 따른 독일식 법률상 채권양도를 명시하고 있다.[393] 중국 민법 제524조 제1항 본문은 "적법한 이익"이 있는 제3자에 한하여 변제가 가능하다고 규정하는데, 여기서 "적법한 이익"이라는 표현은 유럽민사법공통기준초안에서 착안한 것이다.[394] 그런데 후술하듯 유럽민사법공통기준초안 제3권 제2:107조 제1항 제b호 소정의 "정당한 이익"은 광의의 개념으로 받아들여지는 바, 중국 학계는 "적법한 이익"에는 법률상 이해관계는 물론 사실상 이해관계도 널리 포함된다는 입장에서, 채무자의 불이행으로 인해 손해를 입게 되는 자는 "적법한 이익"을 갖는다고 한다.[395] 따라서 전술한 차임연체 중인 임차인의 전차인, 보증인 및 물상보증인, 담보물의 제3취

389) 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11号) 第十七条.

390) 吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2015)延中民四终字第232号.

391) 张晓梅(주 387), 73-74页.

392) 중국은 1979년 개혁 개방 이래 민사상 행위 종류별로 혼인법, 상속법, 민법통칙, 입양법, 담보법, 계약법, 물권법, 불법행위법, 민법총칙 순으로 단행법을 제정・운용하여 왔다. 그러나 단일법전의 필요성이 대두됨에 따라, 2020년 5월 28일 제13기 전국인민대표대회 제3차 회의에서 새 민법전이 표결・통과되고 2021년 1월 1일부터 시행됨으로써, 종전의 단일법들은 모두 폐지되었다.

393) 참고로 구 중국 계약법 제65조의 규정은 현행 중국 민법 제523조에서 계승하고 있다.

394) 王利明(주 381), 5页.

395) 王利明(주 381), 5-6页.

득자는 물론, 채무로 인한 문제를 겪고 있는 회사의 모회사는 '자회사의 채무 문제가 모회사의 신용에 악영향을 끼칠 수 있다'는 점을 들어 대신 변제가 가능하다고 한다.[396] 다만 "적법한 이익"의 증명책임과 관련하여는, 변제를 하려는 제3자가 증명하여야 한다는 견해가 있는가 하면,[397] "제3자가 그 채무를 이행하는 목적이 적법하거나 법령과 특약상 금지규정에 위배되지 않는 한 제3자가 채무이행에 대하여 적법한 이익이 있다고 인정된다."라는 판시도 있어[398] 다소 혼선이 있다.

중국 민법 제524조 제1항 단서의 "법률의 규정에 따라 채무자만 이행할 수 있는 경우"의 예로는 중국 민법 제791조 제2항 제3문에서 건설공사의 수급인이 공정 전체를 하도급하는 것을 금하는 것을 들 수 있다.

한편 대신 변제한 제3자가 채무자를 상대로 어떠한 권리를 갖는지에 관하여는 종래 부당이득반환설,[399] 구상권설,[400] 대위행사설,[401] 채권이전설[402]이 대립하였는데, 새 중국 민법 제524조 제2항 본문은 채권이전설에 가장 근접한 것으로 평가된다.[403] 다만 제3자의 채무자에 대한 사후구상 가부는 근본적으로 제3자 변제의 법적 성질에 따라 달려있는바, 채무자는 제3자가 사무관리자나 수임인으로서가 아닌 증여의 의사로 채무

---

396) 王利明(주 381), 6页.

397) 王利明(주 381), 6页.

398) 山东省东营市东营区人民法院(2021)鲁0502民初字第909号. 보증인이 아닌 대출중개인(借款介绍人)의 경우에도 차용자가 반환채무를 이행하지 아니하는 때에는 이를 변제할 "적법한 이익"이 있다고 판단하였다.

399) 江苏省镇江市中级人民法院(2021)苏11民终字第292号. 이에 관하여는 제3자의 자발적 이행으로써 채무자가 얻게 된 이득을 부당이득이라고 할 수 없다는 비판이 있다.

400) 辽宁省海城市人民法院(2020)辽0381民初字第7661号. 이에 관하여는 구상권의 발생 근거가 불명확하다는 비판이 있다.

401) 湖北省荆州市中级人民法院(2019)鄂08民终字第37号.

402) 江苏省淮安市中级人民法院(2021)苏08民终字第885号. 채무자가 종래 채권자를 상대로 갖고 있던 항변권을 제3자에게 행사할 수 있게 된다는 점에서 이해조정에 유리하다.

403) 王利明(주 381), 13-14页.

를 변제하였음을 증명하면 사후구상에서 벗어날 수 있다.[404]

이처럼 새 중국 민법 제524조는 제3자 변제를 명문화하였다는 점에서 큰 의의가 있고, 사실상의 이해관계를 가진 제3자도 보호한다는 점에서는 우리 민법보다도 더욱 과감한 태도를 보인다고 평가할 수 있다. 그러나 동시에 한계 또한 명백하다. 본래 학설 중에는 이해관계 없는 제3자도 변제를 할 수 있게 하되 채권자에게 거절권을 부여하자는 주장도 있었다.[405] 하지만 현행법의 문리해석상 "적법한 이익"은 제3자 변제의 필요조건으로 받아들여지는바,[406] 이해관계 없는 제3자는 모두가 동의하더라도 변제할 수 없다는 문제가 여전히 잔존하고 있다.[407]

Ⅷ. 프랑스

1. 나폴레옹 민법[408]

제1236조 ① 채무는 공동채무자 또는 보증인과 같이 이해관계 있는 모든 자가 이행할 수 있다. ② 채무는 이해관계 없는 제3자라도, 채무자의 명의로 변제하거나, 자기의 명의로 변제하는 경우에는 채권자의 권리를 대위하지 아니한다는 조건으로, 이행할 수 있다. 제1237조 하는 채무는 채권자가 채무자 자신이 이를 이행하는 데 이익이 있는 때에는 채권자의 의사에 반하여 제3자가 이를 이행할 수 없다.

404) 王利明(주 381), 15页.

405) 冉克平, "民法典编纂视野中的第三人清偿制度", **法商研究**, 2015年第2期(总第166期)(2015), 35-43页 등.

406) 王利明(주 381), 7页.

407) 그 외에 변제자대위 제도 및 변제자 간 변제순위·비율 관련 규정의 부재 등도 대표적인 개선점으로 꼽힌다. 金路伦·李贤媚·黄丹, "论中国代位清偿制度的构建 - 以比较法为视角 -", **중국법연구**, 제45집(2021. 3), 185-208면 참조.

408) 번역은 法制處, **프랑스 民法典(法制資料 第87輯)**(法制處, 1977), 270-271, 273-274면과 이지은(주 20), 216-217면을 참고하였다.

제1249조 변제한 제3자의 이익을 위한 채권자의 권리에의 대위는 합의 또는 법률의 규정에 의한다.

제1250조 다음 각 호의 경우에 대위는 합의로써 발생한다.

1. 제3자로부터 변제를 받은 채권자가 채무자에 대한 자기의 권리, 소권, 선취특권 또는 저당권을 제3자로 하여금 대위하게 하는 경우. 이러한 대위는 이를 명시하고, 변제와 동시에 이를 행하여야 한다.

2. 채무자가 그 채무를 변제하기 위하여 일정금액을 차용하고, 그 대주로 하여금 채권자의 권리를 대위하게 하는 경우. 이러한 대위가 유효하기 위하여는 차용증서와 영수증을 공증인 앞에서 작성하고 영수증에는 새로운 채권자가 변제를 위하여 제공한 금액으로 변제를 행하였음을 기재하여야 한다. 이러한 대위는 채권자의 동의 없이 성립된다.

제1251조 다음 각 호의 경우에 대위는 당연히 발생한다:

1. 선취특권 또는 저당권으로 인하여 자기에 우선하는 다른 채권자에게 변제한 채권자의 이익을 위하여

2. 부동산 매수인이 매매대금을 당해 부동산에 대하여 저당권을 가진 채권자에 대한 변제에 사용한 경우에 그 부동산 매수인의 이익을 위하여

3. 타인과 공동으로 또는 타인을 위하여 채무를 변제할 의무가 있는 자가 변제할 이익을 가지고 있는 경우 그 자의 이익을 위하여

4. 자기의 재산으로 상속채무를 변제한 한정상속인의 이익을 위하여

구 나폴레옹 민법 제1237조는 일신전속적인 하는 채무의 경우 그 성질상 제3자의 변제가 불가능함을 확인하였다. 그러나 이를 제외하면 제3자 변제에는 제한이 없었다. 비록 나폴레옹 민법 제1236조 자체는 이해관계 유무에 따른 구분에 입각해 있었으나, 이해관계 존부와 무관하게 제3자는 당연히 변제가 가능하였고, 다만 이해관계 없는 자는 변제자대위가 불가능할 뿐이었다. 한편 나폴레옹 민법 제1236조 제2항에서 제3자

가 채무자의 이름으로 변제한다는 것은 대리인으로서의 변제를 의미하는 바,[409] 우리 민법에서 논하는 '제3자 변제'와는 결을 달리한다.

나폴레옹 민법상 변제자대위는 법정대위(subrogation légale)와 합의대위(subrogation conventionnelle)로 대별된다. 문언상으로 법정대위권자는 나폴레옹 민법 제1251조의 각 호에 열거된 자에 국한되나, 실제 운용 과정에서 판례는 이를 유추적용하여 법정대위권자의 범위를 확대시켰다.[410] 나폴레옹 민법상 합의대위는 다시 제1250조 제1호의 채권자의 주도(l'initiative du créancier)에 의한 합의대위와, 동조 제2호의 채무자의 주도(l'initiative du débiteur)에 의한 합의대위로 나뉜다.[411] 여기서 채권자의 주도라 함은 소극적으로는 채무자의 동의를 불요한다는 것을 뜻하고, 적극적으로는 채권자가 변제자를 대위시킨다는 것을 의미한다.[412] 그리고 이 때 채권자는 변제수령에 관하여 항상 채권만족이라는 이익을 가지므로, 제3자의 대위를 거부할 수 없다고 봄이 일반적이다.[413] 반대로 채무자의 주도에 의한 합의대위의 경우 채권자의 협력을 불요한다. 채무자의 주도에 의한 합의대위는 subrogation이라는 프랑스어 단어가 변제자대위의 의미로 사용되게 된 용례로서,[414] 이것이 상정하는 상황은 대

409) 자세한 것은 이지은(주 20), 217면 참조.

410) 한불민사법학회(주 70), 600면.

411) 이러한 변제자대위 체계는 나폴레옹 민법전 제정 이전 프랑스의 고법을 반영한 것이다. 즉, 17세기를 지나면서 채권양도의 요구 없이도 채권자를 당연 대위할 수 있는 경우가 증가하였고, 거기에 해당되지 않더라도 변제자의 요구가 있으면 채권자는 대위를 거절할 수 없었으며, 후술할 Henri Ⅳ세의 칙령은 이해관계 없는 제3자도 변제 후 채권자의 동의를 얻어 대위할 수 있음을 규정하였다. 諸哲雄(주 146), 705면 참조.

412) 한불민사법학회(주 70), 602면.

413) 김소영(주 15), 9면.

414) Charles Mitchell, The Law of Subrogation, Ph. D. thesis, University of London (1993. 8), p.365. 최초의 용례는 Henri Ⅳ, *Declaration du Roy, portant pouvoir de succeder aux hypotheques des anciens creanciers, sans cession d' iceux*, mai 1609, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9656561x/f1.item (dernière visite 31 janvier 2023)이다.

주가 직접 채권자에게 변제한 것이 아니라 대외적으로는 채무자가 자신의 부담으로 채권자에게 변제한 것이므로, 엄밀히 말해서 제3자 변제라고 할 수 없다. 그럼에도 나폴레옹 민법은 그 실질을 중시하여 이러한 경우에도 변제자대위를 긍정하였다.[415] 다만 채권자의 의사적 관여가 없으므로, 채무자가 변제와는 무관하게 대주와 허위의 대차계약을 체결한 후 변제를 아니하면서도 채권자의 담보권을 대주에게 취득시켜 채권자를 해할 위험이 상존하는바, 나폴레옹 민법 제1250조 제2호는 이러한 가능성을 억제하기 위하여 제1250조 제1호에 비하여 공증 등 보다 엄격한 요건을 규정하였다.[416]

'합의대위'는 우리나라나 일본에서의 임의대위와는 달리 채권양도의 대항요건을 구비할 필요가 없도록 규정하였다.[417] 이는 투기적 성격이 강한 채권양도와는 달리 제3자 변제는 채무자를 위한 우의(友誼)에서 기인하는 것이므로 동일한 정도의 거래사회의 경각심을 요구하는 것은 무리라는 판단에 터잡은 것이었으나, 이후 기존의 입법 취지와는 정반대로 채무자에게 변제자대위 사실을 비밀로 하면서도 채권의 다른 양수인, 압류채권자들에게 대항할 수 있는 수단으로 각광받게 되었다.[418]

한편 구상의 근거에 관하여 프랑스 파기원의 입장은 변화를 거듭해왔다. 1929년 판결에서는 "그가 변제에 이해관계가 있는지 여부에 따라 그 성격이 달라지는 구상권을 가진다."라고 설시함으로써,[419] 채무자의 명의로 그를 위하여 변제하였다면 그것이 채무자의 지시에 따른 것이었는지에 따라 위임 또는 사무관리소권이, 자신의 명의로 변제하였다면 증

415) 한불민사법학회(주 70), 598-599면. 諸哲雄(주 146), 718면에 의하면 이러한 대위는 독일 보통법하에서도 인정되었다고 한다.

416) 한불민사법학회(주 70), 604면.

417) 小川浩三(주 11), 425頁.

418) 小川浩三(주 11), 425-426頁.

419) Cass. civ., 12 févr. 1929, *Gaz. Pal.* 1929 I, n° 615.

여의 의사가 없는 한 부당이득반환소권이 성립한다고 보았다.[420] 그러나 1990년 판결은 견해를 바꾸어 위임・사무관리・부당이득반환소권의 성립 여부를 막론하고, 변제한 제3자는 변제를 했다는 사실 자체만으로 구상권을 갖는다고 판시함으로써,[421] 제3자의 변제로 채무가 소멸한 채무자가 제3자의 구상을 면하기 위하여는 제3자가 변제자의 증여의사를 증명하여야 한다고 보았다.[422] 이후 1992년 판결에서 파기원은 다시 견해를 되돌려, 대신 변제했다는 사실만으로 구상할 수는 없고 위임이나 사무관리와 같이 별도의 상환근거가 될 수 있는 소권이 성립되어야만 비로소 구상이 가능하다고 보았다.[423] 변제할 의무도 없음에도 불구하고 타인의 채무임을 알면서 변제하였다면 이는 증여의사에 따른 것으로 추정함이 상당하므로, 구상을 하기 위하여는 변제한 제3자가 그것이 위임 사무의 처리로서 또는 사무관리로서 변제하였다는 점을 증명하여야 한다는 것이다.[424] 다만 변제자대위권을 변제자가 채무자에 대해 가지는 구상권을 확보하기 위한 제도로 보는 우리 통설・판례와 달리,[425] 프랑스 민법상 내부적인 구상권의 존재는 변제자대위의 전제조건이 아니다.[426]

요컨대 구 나폴레옹 민법은 제3자 변제는 폭넓게 허용하되, 그에 따른 사후적 구상관계에 있어서 변제자대위를 제한하는 방식으로 기존 계약당사자들의 이익을 보호하고자 하였다. 이는 제3자 변제 자체는 물론 변제

---

420) 정태윤(주 20), 80면.

421) Cass. 1re civ., 15 mai 1990, *Bull.* civ. I, n° 106.

422) 정태윤(주 20), 80면. 당시 원심(CA. Caen, 23 juin 1988)은 구상의 근거를 대주의 채권양도나 사무관리, 부당이득 어디에서도 찾을 수 없다는 이유를 들어 구상금청구를 기각하였으나, 파기원은 위와 같은 이유를 들어 원심판결을 파기하였다.

423) Cass. 1re civ., 2 juin 1992, *Bull.* civ. I, n° 167. 同旨: Cass. 1re civ., 17 nov. 1993, *Bull.* civ. I, n° 332.

424) 정태윤(주 20), 81면.

425) 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결 등.

426) 諸哲雄(주 146), 714-715면.

자대위까지도 엄격하게 제한하는 독법계에 비하여, 제3자에게 훨씬 더 우호적인 제도 설계라 할 수 있다. 그리고 이와 같은 나폴레옹 민법의 태도는 전술한 일본의 보아소나드 민법이나 후술할 이탈리아 민법을 비롯하여 불법계 국가 전반의 전통으로 자리잡게 된다.[427]

2. 개정 민법[428]

제1342-1조 변제는 채권자가 정당하게 거절한 경우가 아니면 채무 없는 자에 의하여 이루어질 수 있다.

제1346조 대위는, 변제할 정당한 이익이 있는 자가 변제를 하여 채무의 전부 또는 일부를 확정적으로 부담하는 채무자를 채권자에 대하여 면책시키는 때부터, 법률의 효력만으로 변제자의 이익을 위하여 발생한다.

제1346-1조 ① 합의대위는, 제3자로부터 변제를 받는 채권자가 채무자에 대한 자신의 권리에 대하여 변제자가 대위하도록 하는 때에는 채권자의 주도로 일어난다.

② 합의대위는 명시적이어야 한다.

③ 합의대위는 변제와 동시에 합의되어야 하나, 대위지시인이 사전에 문서로써 변제 시에 자신의 계약상대방이 자신을 대위한다는 의사를 표시한 때에는 그러하지 아니하다. 대위와 변제가 동시에 있었다는 사실은 모든 방법으로 증명될 수 있다.

제1346-2조 ① 자신의 채무를 변제하기 위하여 금전을 차용하는 채무자가 채권자의 협력을 얻어 대주에게 채권자의 권리를 대위시키는 경우에도 대위는 마찬가지로 발생한다. 이러한 대위는 명시적이어야 하고 채권자가 교부하는 영수증에는 자금의 출처를 기재하여야 한다.

427) 예컨대 벨기에의 경우 과거 프랑스 치하 시절에 나폴레옹 민법을 도입한바, 최근 프랑스 민법의 개정에도 불구하고 여전히 구 나폴레옹 민법 조문과 동일한 내용을 규정하고 있다.

428) 번역은 한불민사법학회(주 70), 561, 600-603면을 참고하였다.

② 채무의 변제기가 도래하였거나 그 기한이 채무자의 이익을 위한 것이라는 조건하에 대위는 채권자의 협력 없이도 합의될 수 있다. 차용문서와 영수증은 공증인 앞에서 작성되어야 하며, 차용문서에는 변제를 위하여 금전이 차용되었음을 기재하여야 하고, 또한 영수증에는 새로운 채권자가 변제를 위하여 교부한 금전에 의하여 변제가 이루어졌음을 기재하여야 한다.

최근의 채권편 개정을 계기로 종전 나폴레옹 민법 제1236조와 제1237조는 폐지되었으며, 대신 관련 법리를 단순화한 제1342-1조가 신설되었다. 개정 프랑스 민법 제1342-1조는 이해관계 유무를 불문하고 누구든지 변제를 할 수 있다는 점을 명시하고 있으며, 다만 '정당한 거절'이 있는 때에만 예외적으로 제3자 변제를 금지할 수 있도록 하고 있다.[429]

이때 '정당한 거절'의 범위가 문제된다. 학설은 종전 나폴레옹 민법 제1237조에 의하여 '채권자가 채무자 자신의 이행에 이익을 가지는' 사유로 인정되던 각종 성질 및 당사자 간 특약에 의한 제한은 물론,[430] 그 외의 사유도 사건별로 법관의 재량에 따라 널리 인정될 수 있다고 한다.[431][432] 예컨대 채권자가 계약을 해지하려는 찰나 제3자가 변제를 제공

429) 2005년 제출된 Catala 초안 제1221조 제2항과 2013년 제출된 Terré 초안 제59조 제2항 모두 채권자에게 거절권이 있는 경우를 제외하고는 제3자 변제가 가능하다는 식의 구성을 취하고 있다. 다만 Catala 초안 제1221조 제1항은 "채무는 공동채무자, 보증인과 같이 이해관계 있는 모든 자와 채무자를 대신하여 행위하는 자가 이행할 수 있다."라고 함으로써, 변제 주체의 이해관계에 따른 구별을 유지하였다. Catala, Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil): Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005* (Ministre de la Justice, 2005), p.122; Terré, François, *Pour une réforme du régime général des obligations* (Dalloz, 2013), p.94 참조.

430) 이지은(주 20), 217면.

431) 이지은(주 20), 218면.

432) "법률을 말하는 무생물의 입(inanimate bouche de la loi)"이라는 Montesquieu의 비유처럼, 본래 프랑스에서는 법관의 재량을 최대한 축소하고 입법자를 우위에 두는

한다면, 경우에 따라서 채권자는 혼란이라는 사유를 들어 그 수령을 거절하고 해지로 나아갈 수 있다고 한다.[433] 애초에 경쟁자나 적대자 등이 악의나 의심스러운 의도를 지니고 변제자대위를 시도하는 것을 방지하기 위하여 부여된 거절권인 만큼,[434] 일반·추상적으로 그 사례를 논할 수는 없는 것으로 보인다.

한편 변제자대위와 관련하여 개정 프랑스 민법은 종전 나폴레옹 민법상 법정대위·합의대위의 이원적 체제를 유지하고 있다.

법정대위에 관한 개정 프랑스 민법 제1346조는 종전 나폴레옹 민법 제1251조가 법정대위권자를 열거한 것과 달리 "변제할 정당한 이익이 있는 자"라는 추상적 표현을 사용하고 있는데, 이는 나폴레옹 민법 제1251조 제3호의 "변제할 이익"의 대체어로서, 법정대위권자의 폭을 확대해오던 판례의 태도를 입법적으로 수용한 것으로 평가된다.[435] 정당한 이익을 요구하는 것은 두 가지 목적을 위한 것이다. 첫째로는 변제할 필요성과 유용성을 이유로 대위를 변제자에게 당연히 허용하는 것이 객관적으로 정당한 때에만 법정대위를 허용하기 위함이고, 둘째로는 변제자가 오로지 채무자를 괴롭힐 의도로 변제를 통해 법정대위를 하는 것을

전통이 존재하였다. 그러나 계약법, 채권법 일반과 채권의 증거에 관한 2016. 2. 10.자 오르도낭스 제2016-131호(Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)의 제정에 따라 2016년 10월 1일부로 시행되고 있는 개정 프랑스 민법은 법관이 계약관계에 개입할 여지를 대폭 확대하였다. 권영준, **민법학의 기본원리**(박영사, 2020), 44면 참조. 개정 프랑스 민법 제1342-1조가 '정당한 거절'이라는 모호한 표현을 통하여 구체적 해석·적용을 법관에게 일임한 것 또한 이러한 경향의 일환으로 보인다.

433) 한불민사법학회(주 70), 563면.

434) Terré(주 429), p.102 참조.

435) 제1346조는 Terré 초안 제85조에서 착안한 것으로서, 파기원의 지배적 판례의 입장에 따라 법정대위권자를 일반화시킨 것이다. Terré(주 429), pp.102-103. 반면 Catala 초안 제1259조의 경우 나폴레옹 민법 제1251조와 유사하게 법정대위권자에 관하여 열거주의를 택하였다. Catala(주 429), p.133.

방지하기 위함이다.[436] 첫째 기능인 객관적 정당성의 경우, 공동채무자, 보증인과 같은 종전 나폴레옹 민법 제1251조 소정의 법정대위권자는 물론, 사안별로 법관의 판단에 따라 가족지간과 같은 도덕적 사유에도 정당한 이익이 인정될 수 있다.[437] 둘째 기능인 주관적 정당성의 경우, 변제자에게 정당한 이익이 없다는 것, 즉 제3자가 법정대위를 의도하고 악의적으로 행위한다는 것에 대한 증명책임은 채무자가 부담한다.[438]

합의대위의 경우 종전 나폴레옹 민법이 제1250조에서 두 가지 경우에만 합의대위를 인정한 것과 달리, 개정 프랑스 민법은 세 가지 경우에 합의대위를 인정하고 있다. 개정 프랑스 민법 제1346-1조와 제1346-2조 제2항은 각 종전 나폴레옹 민법 제1250조 제1호, 제2호와 전반적으로 대동소이하다.[439] 다만, 나폴레옹 민법 제1346-2조 제2항은 종전 나폴레옹 민법 제1250조 제2호에 비하여 "채무의 변제기가 도래하였거나 그 기한이 채무자의 이익을 위한 것"이라는 요건을 추가하였다는 특성이 있다.[440] 채무자가 대주로부터 금전을 차용하여 기한 미도래의 채무를 변제해버리면 채권자는 변제기 전에 변제의 수령을 강요받게 되는 불이익을 받게 된다는 점을 감안한 입법이다.[441]

개정 프랑스 민법 제1346-2조 제1항은 새로운 합의대위 유형을 규정하고 있다.[442] 이른바 '채권자의 협력이 있는 채무자 주도의 합의대위'이다. 채권자의 협력, 즉 합의를 요구하는 이상, 기존의 전통적 채무

436) 한불민사법학회(주 70), 600-601면.
437) 한불민사법학회(주 70), 601면.
438) 한불민사법학회(주 70), 601면.
439) 제1346-1조는 Catala 초안 제1260조를 그대로 채택한 것이다. Catala(주 429), p.133.
440) 제1346-2조 제2항은 Catala 초안 제1261조 제2항에서 착안한 것이다. Catala(주 429), p.134.
441) 한불민사법학회(주 70), 604-606면.
442) 제1346-2조 제1항 제1문은 Terré 초안 제86조 제1항에서 착안한 것이다. Terré(주 429), p.103.

자 주도의 합의대위의 약점으로 지적되어 온 사기에 의한 합의대위의 가능성은 충분히 예방될 수 있으므로, 그 요건은 개정 프랑스 민법 제1346-2조 제2항에 비하여 훨씬 느슨하다.[443]

합의대위의 경우에도 제3자가 악의적으로 행동한다면 채권자는 그 변제와 대위를 거절할 수 있다.[444]

Ⅸ. 이탈리아

1. 1865년 구 민법

이탈리아의 1865년 구 민법 제1238조, 제1239조, 제1251조, 제1252조, 제1253조는 전술한 프랑스 나폴레옹 민법 제1236조, 제1237조, 제1249조, 제1250조, 제1251조와 정확히 같은 내용을 규정하고 있었다.

이에 관하여는 많은 비판이 가해졌다. 우선 1865년 민법 제1238조 제1항에서 거시한 공동채무자를 과연 "제3자"라고 할 수 있는지 의문이 있었다. 동조 제2항의 경우, 채무자 명의로의 이행은 애초에 제3자 변제가 아니고,[445] 이해관계 없는 제3자가 변제할 경우에는 법정대위가 불가함은 기존 법리상 당연한 것이었기에 불필요한 규정이라는 비판이 제기되었다.[446] 1865년 민법 제1239조에 관하여는, 채권자가 채무자의 직접 이행에 이해관계가 있는 경우를 '하는 채무'로 국한할 이유가 없으므로, '주는 채무'까지 포함하도록 개정되어야 한다는 주장이 있었다.

---

443) 한불민사법학회(주 70), 605면 참조.

444) 이지은(주 20), 218면.

445) 전술하였듯, 본항은 애초에 제3자 변제 사안이 아닌 대리인에 의한 변제를 염두에 둔 규정이었다. 그러나 엄밀히 말해서 대리인에 의한 변제는 제3자 변제가 아닌 급부매개(Leistungsmittlung)에 가깝다.

446) Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile Testo e Relazione Ministeriale* (Istituto Poligrafico dello Stato, 1943), https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/174648/Libro+IV++-++Delle+Obbligazioni/f2b2c447-bc30-4f33-b193-7535492a386d (31 gennaio 2023), p.117.

2. 1942년 현행 민법[447)]

제1180조(제3자의 이행) ① 채권자가 채무자로부터 직접 채무를 이행받을 이익이 없는 때에는 채권자의 의사에 반하는 경우에도 제3자가 채무를 이행할 수 있다.

② 그러나 채무자가 반대의 의사를 표시한 때에는 채권자는 제3자가 제공한 이행을 거절할 수 있다.

제1201조(채권자의 의사에 의한 대위) 제3자로부터 변제받은 채권자는 그 제3자로 하여금 자기의 권리에 대위하도록 할 수 있다. 이러한 대위는 명시적으로 변제와 동시에 행하여야 한다.

제1202조(채무자의 의사에 의한 대위) ① 채무를 변제하기 위하여 일정금액 또는 기타 대체물을 차용한 채무자는 채권자의 동의가 없는 경우에도 대주로 하여금 채권자의 권리에 대위하도록 할 수 있다.

② 대위는 다음 각 호에 해당하는 조건이 충족된 때에 그 효력이 생긴다.

1. 대차관계 및 영수증이 확정일자 있는 증서에 의하여 증명될 것.
2. 대차에 관한 증서에 차용금의 특별용도가 명시되어 있을 것.
3. 영수증에 변제에 사용한 금액의 출처에 관한 채무자의 진술이 기재되어 있을 것. 채권자는 채무자의 요구가 있는 때에는 영수증에 이러한 진술의 삽입을 거절하지 못한다.

제1203조(법정대위) 다음 각 호에 해당하는 경우에는 법률의 규정에 의하여 당연히 대위가 행하여진다.

1. 선취특권이 없는 채권자로서 선취특권, 질권 또는 저당권에 의하여 자기보다 우선권을 가진 다른 채권자에게 변제한 자를 위한 경우
2. 부동산의 매수인으로서 그 부동산에 저당권을 갖고 있는 1인 이상의 채권자에게 매수가격의 한도 내에서 변제한 자를 위한 경우

447) 번역은 김민동, **이탈리아 채권법**(고려대학교 출판부, 2011), 243, 251-253면과 法制處, **이탈리아 民法典(法制資料 第141輯)**(法制處, 1986), 278, 281-282면을 참고하였다.

3. 타인과 함께 또는 타인을 위하여 채무를 변제할 의무가 있는 자로서 채무의 변제에 이익이 있는 자를 위한 경우

4. 한정승인을 한 상속인으로서 자기 고유의 금전으로 상속채무를 변제한 자를 위한 경우

5. 기타 법률로 정하는 경우

제1204조(제3자의 담보) ① 전 각 조의 규정에 의한 대위는 채무자를 위하여 담보를 제공한 제3자에 대하여도 효력을 가진다.

② 채권이 질권에 의하여 담보되어 있는 때에는 제1263조 제2항의 규정[질권자의 피담보채권 양도 시 질물의 인도]을 준용한다.

1942년 개정된 새 이탈리아 민법은 전술한 지적들을 반영하는 방향으로 개정되었다. 새 이탈리아 민법은 성질상 제한이 없는 한 제3자 변제를 원칙적으로 폭넓게 허용하였고, 다만 채권자와 채무자 간 합의가 있으면 이를 금할 수 있도록 하였다. 즉, 채무자가 반대하더라도 채권자가 일단 수령한 이상 채권자의 이익이 우선되기 때문에 채무자의 반대는 아무런 영향을 끼치지 아니한다.[448] 또한 판례는 채권자가 제3자 변제를 거절하였더라도, 그 거절은 신의성실의 원칙에 부합하여야 하며 권리남용에 해당해서는 아니 된다는 제한을 설정하고 있다.[449]

변제자대위와 관련하여 이탈리아 민법은 전반적으로 프랑스 나폴레옹 민법과 동일한 내용이다. 요컨대 이탈리아 민법상 제3자는 채권자의 의사에 반하여도 변제를 강행할 수 있으나, 그에 따른 변제자대위는 불가하며 오직 채무자를 상대로 구상부당이득반환만 구할 수 있다.[450]

448) 김민동(주 447), 243, 244면.

449) Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2207. 정당한 거절사유로 예컨대 Cass. civ., sez. II, 28 aprile 1982, n. 2651은 채권자가 채권자 자신보다 좋지 아니한 경제 사정의 제3자의 변제를 거부하는 것은 정당하다고 판시하였다.

450) Cass. civ., sez. I, 29 aprile 2009, n. 9946.

X. 영미법계

제3차 원상회복 · 부당이득법 리스테이트먼트[451]
제22조(타인채무의 이행) ① 타인의 제3자 또는 공중에 대한 채무를 이행하는 자는, 요구 없이 개입하기로 하는 결정을 정당화하는 상황이 있는 때에는, 부당이득을 방지하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 타인에게 반환청구권을 갖는다. ② 요구 없는 개입은 다음의 경우에 정당화될 수 있다. (a) 기존채무를 반환채무로 대체하여도 채무자에게 불이익이 없는 때에는 반환청구자는 타인의 금전채무를 대납할 수 있다. (b) 제3자의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위하여 반환청구자는, 그 제3자에게 필수재를 지급할 타인의 채무를 대신 이행할 수 있다. (c) 타인의 공중에 대한 채무의 이행이 보건, 안전, 기타 공공복리를 위하여 긴급하게 요구되는 때에는 반환청구자는 타인의 그 채무를 정당하게 이행할 수 있다. ③ 반환청구자의 개입으로 말미암아 그 개입이 없었다면 강제이행될 수 있었던 채무를 반환청구의 상대방이 면한 때를 제외하고, 반환청구자는 본절의 규정에 의한 부당이득 기타 원인에 기한 반환청구권을 갖지 아니한다.

본래 영미법계에서는 이해관계 없는 제3자의 변제를 "주제넘는(officious)" 행동으로 간주하여 구상을 부정하는 것이 전통적 입장이었다.[452] 많은 영국 판례들은, 비록 개별 사안의 특성에 따라 약간의 예외

451) 리스테이트먼트는 성문법은 아니지만, 미국법률협회(American Law Institute, ALI)가 축적된 법리와 판례를 정리한 것으로서 그 사실상의 권위를 널리 인정받고 있다.

452) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. a (2011). 이는 주변 세계와의 밀접한 접촉을 꺼리는 앵글로색슨 특유의 전통적 개인주의의 결과물이었다. 다만 매장(埋葬), 해난구조 등의 사안의 경우에는 영미법에서도 사실상 사무관리에 따른 비용상환청구가 인정되고 있었다고 한다. 郭潤直 編, **民法注解(X)**(博英社, 1995), 9-10면(崔秉祚 執筆部分) 참조.

는 있을지언정, 채무자와 일정한 법률상 관계(privity)가 있는 제3자만이 변제를 할 수 있다는 취지의 판시를 이어왔다.[453] 반면 미국에서는 과거부터 제3자 변제에 대하여 전향적인 태도를 보이는 판시가 이어졌고, 그 결과 제3자 변제는 예외적 사례를 넘어 하나의 유형을 이루었다.[454]

이러한 조류는 제3차 원상회복·부당이득법 리스테이트먼트 제22조에서 돋보인다. 이해관계 유무를 기준으로 제3자 변제의 허부를 판단하는 우리와 달리, 미국은 개입이 정당화되는지(justified) 여부를 중심으로 이를 판단한다. 제3자 변제가 정당화되기 위하여는 세 가지 요건이 있는데, 이행의 긴급한 필요성, 기존 채무자의 이행상 장애(보충성), 제3자의 정당성(채무자와의 관계, 변제의 의도)이 바로 그것이다.[455] 제22조 제2항이 열거하는 세 가지 경우는 위 요소들을 종합적으로 반영하여 유형화한 것에 가까우며, 실무상으로는 개별·구체적 사안별로 구상채무의 경중에 따라 각 요건을 유무가 아닌 정도(degree)의 문제로 파악한다.[456]

(a)의 경우는 가장 흔한 제3자 변제 사안이다. 금전채무로 한정된다는 특성이 있으며, 전통적으로는 의식주, 의료서비스 등 필수재(necessaries)의 대금채무에 한정되었으나[457] 현재는 합리적 범위 내라면 비필수재의 대금도 제3자가 변제한 후 채무자에게 구상할 수 있다.[458] 흥미로운 것

---

453) 자세한 것은 J. Gold, “Accord and Satisfaction by a Stranger”, *The Canadian Bar Review*, Vol. 19, No. 3 (1941), pp.165-209 참조.

454) 다만 불법계 대륙법의 전통을 유지하고 있는 미국 루이지애나주 민법 제1855조는 “변제는 채무자나 채권자가 채무자의 직접 이행에 이해관계가 있는 때가 아닌 한, 채권자의 의사와 무관하게 제3자가 할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제1825조부터 제1830조까지 변제자대위를 규정하는 등, 후술하는 설명이 적용되지 아니한다. 루이지애나주에서의 제3자 변제 및 변제자대위와 관련하여는 Saul Litvinof, “Subrogation,” *Louisiana Law Review*, Vol. 50, No. 6 (1990), pp.1143-1182 참조.

455) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. b (2011).

456) 예컨대 오로지 가혹한 구상의 의도로 변제를 할 경우에는 제3자의 정당성이 부정되어 구상이 불가하다.

457) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. c (2011).

은 가족지간을 '이해관계 있는 제3자'로 보지 않는 우리나라의 일반적 설명이나 일본 판례와 달리, 미국 판례의 상당수는 친족, 친구 등 인적 관계를 중심으로 제3자의 정당성을 판단한다는 것이다.[459]

이러한 특성은 (b)의 경우에 더욱 두드러진다. (b)의 필수재 지급채무는 일반적으로 보통법상 인정되는 배우자, 자녀에 대한 부양의무 등을 지칭한다.[460] 예컨대 미성년 시기에 부모가 이혼하여 무자력이 된 모와 함께 살게 된 장남이 동생들을 성년에 이르기까지 양육하였다면, 이는 부의 부양의무를 대신 이행한 것이므로, 장남은 부를 상대로 상당 범위 내의 양육비를 구상할 수 있다고 한다.[461] 이러한 부양의무는 법적인 성격보다도 도의적(moral) 성격이 강하다.[462] (c)의 경우에도 공공복리를 위한 채무라는 특성상 도의성이 강하게 드러나는 것은 마찬가지이며, 예컨대 트럭 전복으로 인한 방제작업을 회사가 대신한 후 회사가 트럭 소유자를 상대로 구상하는 사례를 들 수 있다.[463]

제3자 변제가 유효할 경우, 변제한 제3자는 채무자 또는 그 상속인에 대하여 구상권[464]을 갖는 것은 물론, 형평법상 선취특권[465] 및 변제자대위권[466]까지도 갖게 된다.[467] 이처럼 제3자의 구상이 인정되는 배경에는,

---

458) Estate of Bends, 589 S.W.2d 330 (Mo. App. 1979).

459) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. f (2011).

460) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. g (2011).

461) Barrett v. Barrett, 44 Ariz. 509, 39 P.2d 621 (Ariz. 1934). 우리나라에서도 제2차 부양의무자의 제1차 부양의무자에 대한 상환청구를 긍정한 사례가 있다. 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결 참조.

462) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. g (2011).

463) Tipper v. Great Lakes Chem. Co., 281 So. 2d. 10 (Fla. 1973). 우리나라의 유사한 사례로는 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다15602 판결 참조.

464) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22(1) (2011).

465) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 56 (2011).

466) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 57 (2011).

467) Hulen v. Hamilton, No. 02-06-00288-CV, 2008 WL 553812 (Tex. Ct. App.).

채무의 변제를 통하여 채권자가 얻게 되는 이익이, 채무자가 구상당함으로써 입게 되는 손해에 비하여 크다는 이익형량적 사고가 자리잡고 있다.[468] 다만 보통법에서 유래한 것이 아니라 법원이 부당이득의 발생이라는 부정의한 결과를 방지하기 위하여 형평법상 창설한 구제방안이라는 측면에서, 그 가부는 일반·추상적으로 논할 수는 없고[469] 개별·구체적 사안에 따라 법원이 제반 사정을 고려하여 판단하여야 한다.[470]

중요한 것은 전술한 미국의 태도는 어디까지나 영미법계에서 드문 사례에 속한다는 것이다. 그 외에 제3자 변제를 긍정하는 다른 영미법계 국가의 입법례로는 말레이시아의 1950 계약법(Akta Kontrak 1950) 제42조 정도가 있다.[471]

---

468) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment § 22 cmt. a (2011).

469) Memphis Little Rock RR. v. Dow, 120 U.S. 287, 301, 302 (1887): "변제자대위권은 계약법에 터잡은 것이 아니다. 그것은 형평법상의 창조물로서, 실질적 정의의 목적 달성을 위한 목적으로만 실행되며, 개별 당사자 간의 어떠한 계약관계와도 무관하다." 나아가 Ætna Life Ins. Co. v. Middleport, 124 U.S. 534, 548, 549 (1888)에 따르면, 형평법상 변제자대위권은 법적 의제로서, 대륙법에서 기인한 것이다. 자세한 것은 Gregg H. Mosson, "Comments: Equitable Subrogation in Maryland Mortgages and the Restatement of Property: A Historical Analysis for Contemporary Solutions," *University of Baltimore Law Review*, Vol. 41, Iss. 4. (2012), pp.709-740; James Morfit Mullen, "The Equitable Doctrine of Subrogation," *Maryland Law Review*, Vol. 3, Iss. 3 (1939), pp.201-220 참조.

470) U.S. Fid. Guar. Co. v. Bennett, 119 So. 394 (Fla. 1928); Harford Bank of Bel Air v. Hopper's Estate, 169 Md. 314 (Md. 1935); Sec. Ins. Co. of New Haven - Conn. Indem. Co. v. Mangan, 242 A.2d 482 (Md. 1968); E. Nat'l Bank v. Glendale Fed. Sav. & Loan Ass'n, 508 So. 2d 1323 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1987); Kala Inv., Inc. v. Sklar, 538 So. 2d 909 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 1989); Bachmann v. Glazer & Glazer, Inc., 559 A.2d 365 (Md. 1989) 등 참조.

471) 자세한 것은 가정준(주 3), 206-207면 참조. 조문 내용은 아래와 같다.

말레이시아 1950 계약법 제42조 채권자가 제3자로부터 계약상 이행을 수령한 경우, 채권자는 그 이후에 채무자에게 이행을 강제할 수 없다.

XI. 유럽계약법원칙[472]

제7:106조(제3자에 의한 이행) ① 계약이 본인의 이행을 요구하는 경우를 제외하고, 채권자는 다음의 경우 제3자에 의한 이행을 거절할 수 없다. (a) 제3자가 채무자의 동의를 얻어 행위하는 경우, 또는 (b) 제3자가 이행에 정당한 이익이 있고, 채무자가 이행하지 못하거나 이행기에 이행하지 아니할 것이 명백한 경우 ② 제1항에 따른 제3자에 의한 이행은 채무자를 면책시킨다.

유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law)[473] 제7:106조는 계약 조건상 개인적 이행을 요하는 경우를 제외하면, 제3자가 채무자의 동의하에 행위하거나(제a호), 제3자가 이행에 관하여 정당한 이해관계를 갖고 있고 채무자가 불이행하였거나 이행기에 불이행할 것이 분명한 경우(제b호), 채권자는 제3자의 변제를 거절할 수 없으며, 채무자의 채무는 소멸한다고 밝히고 있다.

제a호는 채무자의 동의가 있는 채무자의 대리인이나 수급인을 상정한 규정이다. 모든 유럽 국가의 법제가 채무의 대리 이행(vicarious performance)을 원칙적으로 긍정하지만, 그 채무가 인적 성격을 가지거나, 제3자가 이행할 시 채권자의 이익을 해하거나, 계약의 내용 또는 목적에 반하는 때에는 이를 금지한다.[474] 채무자의 기술, 능력, 기타 개인적 자격에 기하여 채무자가 선택된 경우가 대표적인 예이며, 당사자 간 제3자의 이행을 계약조건에서 명시적·묵시적으로 배제한 경우에도 제3자는 이행할 수 없다.[475]

472) 번역은 김재형 역(주 360), 514면을 참고하였다.
473) 이하 'PECL'이라 한다.
474) 김재형 역(주 360), 516-517면.
475) 김재형 역(주 360), 516면.

반면 제b호는 채무자의 의사적 관여가 없는 경우를 염두에 둔 것이다. 제b호의 '정당한 이익을 가진 제3자'에는 보증인, 저당부동산의 임차인은 물론, 배우자, 모회사와 같이[476] '사실상' 이해관계 있는 제3자까지도 널리 포함된다. 정당한 이익이 없다면 설령 제3자가 순전히 이타적인 동기에서 채무를 대신 이행하고자 하여도 채무자의 동의가 없는 한 채권자는 이를 거절할 수 있다.[477]

이와 같이 제3자 변제에 관하여 PECL이 관대한 태도를 보이는 것은 대륙법계의 전통에 따른 것으로, 전술한 바와 같이 영미법계인 잉글랜드, 아일랜드, 스코틀랜드는 채무자의 동의가 없는 한 제3자 변제를 원칙적으로 금지한다.[478] 한편 PECL은 변제자대위에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하며,[479] 제10:106조 제2항에서 연대채무자 간의 내부적 구상에 따른 변제자대위만 예외적으로 명시하고 있을 뿐이다.[480]

Ⅻ. 유럽민사법공통기준초안[481]

Ⅲ-제2:107조(제3자에 의한 이행) ① 채무의 내용이 채무자가 직접 이행할 것을 요구하지 아니하는 때에는, 채권자는 다음의 경우 제3자에 의한 이행을 거절할 수 없다. (a) 제3자가 채무자의 동의를 얻어 행위하는 경우, 또는 (b) 제3자가 이행에 정당한 이익이 있고, 채무자가 이행하지 못하거나 이행기에 이행하지 아니할 것이 명백한 경우

476) 김재형 역(주 360), 515면.
477) 김재형 역(주 360), 516면.
478) 김재형 역(주 360), 517-518면.
479) 김재형 역(주 360), 515면.
480) 梁彰洙, "「유럽계약법원칙」 제3부", **서울대학교 法學**, 제44권 제4호(2003. 12), 389면 참조.
481) 번역은 안태용 역, Von Bar, Christian & Eric Clive 편, **유럽민사법공통기준안: 총칙·계약편: DCFR 제1권~제4권**(법무부, 2012), 301면을 참고하였다.

② 제1항에 따른 제3자에 의한 이행은 제3자가 양도 또는 대위에 의하여 채권자의 권리를 승계하는 한도를 제외하고 채무자를 면책시킨다.
③ 채무자에 의한 직접 이행이 요구되지 아니하고 제1항이 적용되지 아니하는 상황에서 채권자가 제3자에 의한 채무자의 채무의 이행을 수령한 경우, 채무자는 면책되나 채권자는 수령으로 인하여 발생한 여하한 손실에 대하여 채무자에게 책임이 있다.

유럽민사법공통기준초안(Draft Common Frame of Reference)[482] 제3권 제2:107조는 제1항에서 PECL 제7:106조 제1항과 동일한 내용을 규정하고 있다. 본문의 "채무자가 직접 이행할 것을 요구"하는 때란 당사자 간 합의에 의한 것인 경우와 채무의 본질 및 목적에 의한 것인 경우로 대별되는데, 사회통념상 개인적 기술, 경쟁력, 기타 자격을 기준으로 하여 그 채무자가 선정되었을 것으로 판단되는지 여부가 관건이다.[483] 한편 동항 제b호의 "정당한 이익"이 있는 자의 예로는 PECL과 같이 물상보증인, 임차인 등을 들 수 있다. 가족지간, 모회사-자회사의 경우, 유럽 각국의 현행 실정법상으로는 "정당한 이익"이 있다고 할 수 없으나, 이러한 경우까지 포함하는 것이 합리적이라고 한다.[484]

동조 제2항은 PECL 제7:106조 제2항과는 달리, 명시적으로 제3자 변제에 따른 변제자대위의 가능성을 긍정하고 있다.[485]

독특한 규정은 동조 제3항이다. 동조 제3항은 제1항에 해당하지 아니

482) 이하 'DCFR'이라 한다.

483) Christian von Bar & Eric Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume I* (Oxford University Press, 2010), p.741.

484) Von Bar & Clive(주 483), p.742.

485) 안태용 역(주 481), 88면; Von Bar & Clive(주 483), p.741. 다만 실제 구체적인 변제자대위 규정은 담보제공자와 채무자 간에 적용되는 제4권 G.-제1:107조 외에는 찾을 수 없다는 점에서, 제3권 제2:107조 제2항은 확인적 규정에 그치는 것으로 보인다.

하는 경우 제3자 변제를 원천적으로 금지하기보다는, 변제를 허용하되 다만 그로 인하여 채무자가 권리를 침해받을 경우 그에 따른 책임을 채권자에게 지우고 있다. 이는 이해관계 없는 제3자 변제에 관하여 그 효력 자체를 규제하는 독법계 전통이나 변제자대위를 규제하는 불법계 전통과는 구별되는 새로운 접근 방식이다. 즉, 채권자가 자발적으로 채무의 이행을 수령한 이상 공평과 신의성실의 원칙에 따라 채무자는 면책되고, 채권자는 그로 말미암은 채무자의 손해를 책임져야 하는 것이다.[486]

채무자의 동의와 정당한 이익의 존재는 제3자가 증명하여야 한다.[487]

XIII. 아시아계약법원칙[488][489]

이행편 제3조 ① 채무가 그 성질상 일신적인 것이 아니라면 제3자도 이행을 제공할 수 있다. ② 채무의 내용이 채무자의 행위를 요하는 것이 아니라면, 정당한 이익을 갖는 제3자는 채무자를 대신하여 채무자의 반대에도 불구하고 이행할 수 있다. 그러나 채권자가 제3자의 이행을 거절할 정당한 이익을 갖는 때에는 그 이행을 거절할 권리를 갖는다. ③ 이행이 제공되면 제3자는 이행 또는 구제(remedies)를 청구할 채권자의 권리를 취득한다. 제3자는 채무자 대신 자신의 이행으로 증가된 비용을 부담한다.

486) Von Bar & Clive(주 483), p.740.

487) Von Bar & Clive(주 483), p.741.

488) 번역은 가정준(주 3), 210면을 참고하였다.

489) 아시아계약법원칙은 아시아의 지역적 특성을 반영한 사법(私法) 법제의 국제적 통일이라는 목표하에, 이영준 재단법인 한중일민상법통일연구소장이 카나야마 나오키(金山直樹) 일본 게이오기주쿠대학 법과대학원 교수, 한시웬(韩世远) 중국 칭화대학 법학원 교수와 함께 2009년부터 진행하고 있는 프로젝트이다. 유럽계약법원칙에 상응하는 아시아만의 계약법원칙을 도출하여야 한다는 공감대하에 현재 계약의 이행과 불이행에 관련하여는 어느 정도 연구성과가 집적되었다. 자세한 것은 변우주, “아시아 계약법원칙(PACL)에서의 CISG의 영향”, **國際去來와 法**, 제27호(2019. 10), 159-166면 참조.

아시아계약법원칙(Principles of Asian Contract Law)[490] 이행편 제3조는 제1항에서 일신전속적 급부를 제외하면 제3자도 원칙적으로 이행할 수 있음을 선언하고 있다. 그러나 채무자의 반대가 있을 경우, 동조 제2항은 "정당한 이익"을 갖는 제3자에 한하여 이행이 가능하도록 하면서, 나아가 채권자에게 제3자 이행을 거절할 "정당한 이익"이 있는 때에도 채권자는 그 이행을 거절할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 동조 제3항 제1문은 일단 이행을 한 제3자는 "정당한 이익"의 유무를 불문하고 당연히 변제자대위가 가능하도록 하고 있다.

XIV. 소결

전술한 외국의 현행 입법례들을 정리하면 아래 표와 같다.

〈표 1〉 이해관계 없는 제3자 변제와 임의대위에 관한 각국 입법례 정리

<table>
<tr><th>국가</th><th>이해관계 없는 제3자 변제 제한</th><th>임의대위 제한</th></tr>
<tr><td>독일</td><td rowspan="8">채권자와 채무자가
모두 반대해야 제한 가능</td><td rowspan="2">임의대위 없음</td></tr>
<tr><td>대만</td></tr>
<tr><td>오스트리아</td><td rowspan="3">1. 채권자의 승낙
2. 채무자의 통지
(금전소비대차의 경우)</td></tr>
<tr><td>프랑스</td></tr>
<tr><td>이탈리아</td></tr>
<tr><td>스위스</td><td>채무자의 통지</td></tr>
<tr><td>PECL</td><td rowspan="2">구체적 변제자대위
규정 불비</td></tr>
<tr><td>DCFR</td></tr>
<tr><td>일본</td><td>채권자와 채무자 중
1인의 반대만으로 제한 가능
(단, 채무자의 반대 사실에
대한 채권자의 악의 필요)</td><td>채권양도 대항요건</td></tr>
<tr><td>PACL</td><td>채권자와 채무자 중
1인의 반대만으로 제한 가능</td><td>제한 없음</td></tr>
<tr><td>중국</td><td>법률상 · 사실상 이해관계
없는 제3자는 변제 불가</td><td>임의대위 없음</td></tr>
<tr><td>미국</td><td>변제의 정당성 필요</td><td>제한 없음</td></tr>
</table>

490) 이하 'PACL'이라 한다.

이로부터 알 수 있는 것은, 압도적 다수의 입법례가 이해관계 없는 제3자 변제를 제한하기 위한 요건이 매우 엄격하다는 것이다. 즉, 채권자나 채무자 어느 일방의 반대만으로는 제한할 수 없고, 채권자와 채무자 모두가 반대하여야 한다. 채무자가 반대하더라도 채권자가 동의하면 이해관계 없는 제3자는 유효하게 변제할 수 있고, 채무자가 동의하면 채권자는 이해관계 없는 제3자의 변제를 거절할 수 없다. 이는 우리의 현행 제469조 제1항의 "당사자의 의사표시"에 의한 제한과 유사하나, 다만 "당사자의 의사표시"가 이해관계 있는 제3자의 변제도 제한하는 것과 달리[491] 외국의 입법례들은 주로 이해관계 없는 제3자의 변제에만 적용되고, 또한 "당사자의 의사표시"는 제3자의 변제 제공이 있기 전에 있어야 하는 것[492]과 달리 외국의 '채무자의 이의 + 채권자의 거절'은 제3자의 변제 제공 이후에 있어도 무방하다는 차이가 있다.[493] 한편 임의대위와 관련하여는 다양한 유형의 제한을 가하고 있음을 알 수 있다.

일본의 경우 우리 민법과 비교하여 이해관계 없는 제3자의 변제에 대한 제한이 강한 측면과 약한 측면이 병존한다. 채무자뿐 아니라 채권자에게도 제3자가 제공한 변제의 수령을 거절할 권리를 준다는 측면에서는 이해관계 없는 제3자의 변제를 좁게 허용한다고 볼 수 있으나, 다른 한편으로 채무자의 반대 의사에 관하여 채권자가 선의라면 변제를 유효로

491) 大決昭和7(1932)年8月10日・法律新聞3456號9頁（昭和6年(ク)第1607號）.

492) 郭潤直(주 59), 247면; 郭潤直 編(주 28), 110-111면(金大彙 執筆部分); 金容漢(주 34), 517면; 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 金亨培(주 60), 666면; 張庚鶴(주 34), 504면; 玄勝鍾(주 34), 362면 등. 同旨: 大決昭和7(1932)年8月10日・法律新聞3456號9頁（昭和6年(ク)第1607號）. 朴世珉(주 226), 463면에 따르면 원안에서는 "당사자의 의사표시"가 아닌 "법률행위에 달리 정하는 경우"라고 규정하고 있었던바, 시간적 제한은 이러한 연유에서 기인한 것이라고 한다.

493) 우리 제469조 제1항의 "당사자의 의사표시"에 의한 제한은 전세계적으로 드문 희귀한 입법례이다. 김대정(주 3), 437-438면; 김상용(주 46), 419면; 김용덕 편(주 29), 78면(정준영 집필부분); 金容漢(주 34), 517면; 金曾漢・金學東(주 61), 348면; 金亨培(주 60), 666면; 張庚鶴(주 34), 504면; 玄勝鍾(주 34), 362면 등 참조.

한다는 측면에서는 관대한 태도를 보인다. 또한 임의대위와 관련하여, 일본은 우리보다 요건을 완화하여 채권자의 승낙이 없이도 당연히 변제자대위권을 취득하되, 채권양도에 준하는 대항요건 구비 의무만 요구하고 있을 뿐이다.

PACL은 이해관계 없는 제3자의 변제 자체에 대하여는 우리 민법보다 확연히 엄격한 제한을 가하나, 변제자대위에 있어서는 사실상 아무런 제한을 두고 있지 아니하다.[494] 즉, 채권자와 채무자 양측에 거절권을 부여하되, 이해관계 유무를 불문하고 일단 변제를 하였다면 법정대위를 허용하는 것이다.

요컨대, 적어도 주요국 중에서 우리 민법보다 이해관계 없는 제3자의 변제를 협소하게 허용함이 명백한 입법례는 없다고 보아도 과언이 아닐 것이다.

494) 가정준(주 3), 210면에 의하면 이러한 PACL의 태도는 한국과 일본 학자들의 입장이 강하게 반영된 것이라고 한다.

제4장 민법 제469조, 제480조 개정에 관한 입법론적 제언

제1절 선행 논의

구체적인 제언 제시에 앞서 선행 논의를 간략히 소개한다.

Ⅰ. 서

2010년대까지는 학계에서 단순한 비판만 있었을 뿐, 구체적 입법론은 전무하였던 것으로 보인다. 실제로 2004년 법무부안에는 관련 개정 논의가 전혀 포함되지 아니하였다.[495]

Ⅱ. 2010년 제2기 민법개정위원회 제3분과위원회안[496]

채권의 소멸 부분을 담당한 2010년 제2기 민법개정위원회[497] 제3분과위원회의 김대정 분과위원장의 발제를 계기로 제469조 제2항과 제480조에 대한 본격적인 입법론적 논의가 촉발되었다.[498]

제469조와 제480조의 개정 여부 및 방향에 관한 논의는 결국 '채무자가 원치 않는 은혜를 거부할 권리를 어느 정도까지 인정할 것인가'와

---

495) 법무부 민법개정자료발간팀(주 16) 참조.

496) 이하 '분과위원회안'이라 한다.

497) 당시 민법개정위원회의 조직 및 운영 과정에 관하여는 김재형, **민법의 현대화를 위한 민법개정 연구**(서울대학교 산학협력단, 2015), 10-13면 참조.

498) 법무부 법무심의관실(주 80), 27-29면.

‘채권자의 변경으로 인하여 채무자에게 불이익이 발생할 가능성은 없는가’라는 두 가지 문제의식으로 귀착되었다. 이에 분과위원회는 회의를 거듭하며, 제3자 변제 및 임의대위 문제를 채권양도금지특약(제449조 제2항), 채무자의 의사에 반하는 채무인수(제453조 제2항), 채무자의 의사에 반하는 채무면제(제506조)의 문제와 함께 일관된 방향으로 처리하고자 노력하였다.

1. 채권양도 연계 논의

채권양도 관련 회의에서는 주로 채권양도금지특약의 효력이 제469조 제1항 소정의 제3자 변제 금지특약의 효력과 연관되어 논의되었다.

제3자 변제가 이루어지면 구상권 및 변제자대위권의 발생으로 인해 채무자 입장에서는 채권양도와 같이 채권자가 변경되는 상황을 겪게 된다.[499] 그런데 우리 민법상 채권양도의 대항요건으로는 채무자에의 통지 또는 채무자의 승낙이 요구되는데, 이는 채권자의 변경에 있어서는 채무자의 의사적 관여가 어떠한 방식으로든 이루어져야 한다는 것을 의미한다.[500] 따라서 제3자 변제의 허용 정도는 필연적으로 채권양도에 대한 규율의 강도와 불가분적 관계에 놓이게 된다.

그 단적인 예가 바로 제469조 제1항에서 정하는 제3자 변제 금지특약의 효력 문제이다.[501] 제3자 변제 금지특약은 주로 채무자가 원치 않는 채권자의 변경을 사전에 방지하기 위하여 체결하는데, 이는 채권양도금지특약의 취지와 일치한다.[502] 분과위원회는 논의 끝에 채권양도금지특

499) 법무부 법무심의관실(주 80), 33면 중 김대정 분과위원장의 발언.

500) 법무부 법무심의관실(주 80), 32면 중 정병호 위원의 발언.

501) 법무부 법무심의관실(주 80), 376-377면 중 김대정 분과위원장, 윤철홍 위원, 황현주 위원의 발언 참조.

502) 법무부 법무심의관실(주 80), 379면 중 윤철홍 위원, 정병호 위원의 발언 참조.

약의 효력을 대폭 완화하는 두 가지 안을 확정하였고,[503] 이에 맞추어 제3자 변제 금지특약 또한, 비록 그것이 입법론적으로 '잘못' 되었다고 할 수는 없지만, 결코 우수한 입법례라고 할 수는 없다는 판단에 따라 제469조 제1항에서 삭제하는 방향으로 결론내렸다.[504]

2. 채무인수 연계 논의

제453조 제2항은 과거 만주 민법 제440조 제2항을 제외하면 우리 민법에만 있는 특유한 조항으로서,[505] '채무자가 원치 않는 은혜를 거부할 권리를 인정한다' 는 제469조 제2항과 제501조 단서의 기저에 흐르는 봉건적 관념에서 착안한 것이다.[506] 실제로 제453조 제2항의 법문은 "변제" 를 "채무를 인수" 로 바꾼 것 이외에는 제469조 제2항과 정확히 일치하고,[507] 제469조 제2항에 가해지는 것과 같은 취지의 입법론적 비판의 대상이 되고 있다.[508][509]

---

503) 제1안은 채권적 효력설을 정면으로 택한 것이었고, 제2안은 현행 제449조 제2항의 원칙과 예외를 바꿈으로써 채권적 효력설에 근접한 내용이었다. 법무부 차원에서는 제2안이 선정되었다. 자세한 것은 법무부 법무심의관실(주 80), 77-87, 249-259, 285-291면 참조.

504) 법무부 법무심의관실(주 80), 374면 중 김대정 분과위원장의 발언 참조.

505) 일본 민법에는 최근 개정 전까지 채무인수에 관한 규정이 없었다. 참고로 오늘날의 제453조에 상응하는 1957년 민법안 제444조는 제목이 "債務者와의契約에依한債務引受" 라고 되어 있어 "채권자" 를 "채무자" 로 오기하고, 제1항 본문상 "채권자와의 계약" 부분이 "債權者에對한契約" 으로 되어 있던 것 외에는 현행 제453조와 정확히 일치한다. 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 267면 참조.

506) 김용덕 편, **(주석)민법: 채권총칙(3)** 제5판(韓國司法行政學會, 2020), 663면(전원열 집필부분). 실제로 입법자들은 1957년 민법안 제444조 제2항의 규정은 제3자의 변제에 준하여 규정한 것임을 밝히고 있다. 당시 참조 조문으로는 독일 민법 제414조, 스위스 채무법 제175조, 대만 민법 제300조, 만주 민법 제400조가 제시되었는데, 그중 만주 민법의 내용을 무비판적으로 그대로 계수한 것으로 추정된다. 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 267-268면 참조.

507) 채무자의 반대의사의 표시, 이해관계의 해석론 등에 있어서 대동소이하다. 김용덕 편(주 506), 663-664면(전원열 집필부분) 참조.

이러한 사안구조적 유사성에 주목하여 분과위원회의 다수의견은 제469조 제2항과 동일한 방향으로 제453조 제2항을 개정하고자 하였다.[510] 그러나 채무인수의 경우에는 변제와는 달리 채무가 소멸된다고 할 수 없고, 제3자 변제와는 달리 채무인수인이 채무를 불이행할 경우 그에 따른 후속 과정 속에서 기존 채무자에게 불이익이 발생할 우려를 배제할 수 없다는 반론이 제시되었다. 즉, 채무불이행을 원인으로 채권자가 제548조 제1항, 제551조에 따라 계약을 해제한 후 원상회복 및 손해배상을 구할 때, 만일 그 의무자가 기존의 채무자라면 결과적으로 채무인수로 인하여 그에게 손해가 발생하게 된다는 주장이었다.[511] 이러한 우려에 대하여, ① 채권자가 제3자와 계약인수나 병존적 채무인수가 아닌 면책적 채무인수 계약을 체결하였다면 담보책임만 문제될 뿐 채권자는 계약해제권을 포기한 것으로 보아야 하므로 문제가 없다는 주장과[512] ② 쌍무계약에 있어서 채권자의 채무와 채무자의 채무는 서로 견련성이 있으므로, 그 이행 주체를 불문하고 어느 일방이 채무를 불이행하면 상대방은 해제권을 행사할 수 있고 이는 면책적 채무인수 계약을 체결하였다고 하여 포기된 것은 아니나, 일반적으로 이러한 경우 기존 채무자로서는 원상회복으로서 반환할 것이 없을 가능성이 크고 손해배상 의무자는 새로운 채

508) 일례로 宋鎬煐, “채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 입법론”, **法曹**, 통권 제662호(2011. 11), 64-66면 참조.

509) 채무면제와 제3자 변제의 유사성은 우리 민법에 특유한 것이 아니다. 독일의 경우, 독일 민법 제414조 소정의 채권자와 제3자 간 계약에 의한 면책적 채무인수에 있어서는 채무자의 동의를 불요하고, 채무자의 반대의사가 있어도 무방하며, 채무자는 수익자의 낙약자에 대한 거절권(독일 민법 제333조)을 갖지 못한다고 한다. 이는 독일 민법 제267조의 해석론과 유사하다. Heinig, in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR: BGB* (C.H.Beck, 2022), § 414 Rn. 157 참조.

510) 법무부 법무심의관실(주 80), 175, 187면 중 김대정 분과위원장, 송호영 위원, 황현주 위원의 발언.

511) 법무부 법무심의관실(주 80), 179-181, 218면 중 여미숙 위원의 발언.

512) 법무부 법무심의관실(주 80), 180-182면 중 정병호 위원의 발언.

무자인 인수인이라는 점에서, 기존 채무자에게 별다른 불이익은 없다는 반론이 제기되었다.[513] 그러나 이후 논의가 진행되는 과정에서, 만일 채권자가 채무인수인의 채무불이행을 이유로 계약을 해제하고자 한다면 기존 채무자로서는 "제3자"의 지위에서 채무를 변제함으로써 채권자의 계약해제를 봉쇄할 수 있으므로, 그로 인한 불이익은 현실적으로 없다는 데 의견이 수렴하게 되었다.[514] 그 외에도 상계, 대물변제 등 기존 채무자가 갖고 있던 변제계획에 차질이 발생할 우려도 제기되었으나,[515] 이는 채권양도, 채무인수 제도를 인정하는 이상 필연적으로 수반되는 문제라는 반론에 부딪혀 크게 부각되지는 못하였다.[516]

이에 큰 틀에서 제453조 제2항과 제469조 제2항 모두, 채무자가 반대하더라도 이해관계 없는 제3자의 채무인수 또는 변제 자체는 허용하되, 이해관계 유무에 따라 사후구상에 있어서 합리적인 차등을 두는 방향으로 개정하자는데 전반적인 공감대가 형성되었다.[517]

그에 따라 구체적인 구상 범위에 관하여 ① 제444조를 준용 내지 참고하자는 안,[518] ② 제739조 제3항을 준용하자는 안,[519] ③ 별도의 구상 규정을 마련할 필요 없이 채무인수인이 실제로 변제를 완료한 후에 제469조에 따라 구상하도록 하자는 안,[520] ④ 현행 제453조 제2항을 유지

---

513) 법무부 법무심의관실(주 80), 179-182면 중 김대정 분과위원장의 발언.

514) 법무부 법무심의관실(주 80), 320면 중 여미숙 위원의 발언.

515) 법무부 법무심의관실(주 80), 175, 318-319면 중 윤철홍 위원의 발언.

516) 법무부 법무심의관실(주 80), 175, 317-318면 중 송호영 위원, 황현주 위원의 발언.

517) 법무부 법무심의관실(주 80), 218, 307, 314, 319면 중 김대정 분과위원장, 송호영 위원, 여미숙 위원의 발언 참조. 다만, 이처럼 차등을 둘 필요에 대하여 의문을 표하는 견해도 없지는 않았다. 법무부 법무심의관실(주 80), 327면 중 구상엽 검사의 발언 참조.

518) 법무부 법무심의관실(주 80), 314, 322-323면 중 김대정 분과위원장, 송호영 위원, 여미숙 위원의 발언.

519) 법무부 법무심의관실(주 80), 314, 316면 중 송호영 위원의 발언.

520) 법무부 법무심의관실(주 80), 320-323면 중 정병호 위원의 발언. 제444조 준용·참고안에 대하여는 보증의 경우 주채무자가 면책되지는 아니한다는 점에서 면책적 채무

해도 큰 문제는 없다는 안[521] 등이 논의되었고, 결과적으로는 제444조를 응용하여 개정하는 안으로 확정되었다.[522] 이러한 개정 방향은 이해관계 없는 제3자의 개입을 폭넓게 보장한다는 점에서는 후술하는 제469조 제2항의 개정 방향과 동일선상에 있으나, 구체적 구상에 있어서는 상당한 차이를 보이는 대목이다.[523]

3. 채무면제 연계 논의

현행 제506조는 채무면제를 채권자의 단독행위로 규정하고 있는바, 설령 채무자가 채무면제의 혜택을 받고 싶지 않더라도 그와 무관하게 채권자는 채무면제를 강행할 수 있다.[524] 이는 '채무자가 원치 않는 은혜를

인수의 사안에 적용하기에는 부적절하고, 제739조 준용안에 대하여는 채무인수만으로는 지출이 없어 필요비나 유익비를 논할 수 없고 제688조 제2항이 준용되는 것도 부적절하다는 취지의 비판을 하였다.

521) 법무부 법무심의관실(주 80), 317면 중 윤철홍 위원의 발언. 현행 제453조 제2항은 채권자의 권리의 추가적인 '강화'를 막을 뿐 채권자의 권리를 '악화'시킨다고 볼 수는 없고, 채무인수를 전부 금지하는 것이 아니라 이해관계 없는 제3자의 채무자의 의사에 반하는 변제에 한하여 금지하는 것이 크게 잘못되었다고 할 수도 없다는 취지에서였다.

522) 제444조 응용안은 면책적 채무인수만으로는 구상권이 발생하지 아니한다는 법리를 전제한 것이다. 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결 참조.

523) 한편 김용덕 편(주 506), 665면(전원열 집필부분)은, 채권자와 인수인 간의 합의로써 면책적 채무인수를 한 경우, 인수인은 원칙적으로 면책된 채무자를 상대로 구상권을 가진다고 보기 어렵다고 한다.

524) 현행 제506조에 상응하는 1957년 민법안 제497조는 "債權者가債務者에게債務를免除하는意思를表示하면債權은消滅한다 그러나債權이第三者의權利의目的인때에는免除로써그第三者에게對抗하지못한다"라고 규정하였다. 당시 참조 조문은 일본 민법 제519조, 독일 민법 제397조, 프랑스 민법 제1282조, 대만 민법 제343조, 만주 민법 제494조였는데, 면제를 단독행위로 규정한 것에 비추어 볼 때 일본, 대만, 만주의 입법례를 좇은 것으로 보인다. 다만, 단서의 규정은 독자적으로 신설한 내용으로서, 국회 심의 과정에서 지나치게 협소하게 규정되어 있다는 지적에 따라 이후 수정되어 오늘날에 이르고 있다. 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 297면 참조. 비교법적으로는 독일 보통법시대 학설의 영향으로 압도적 다수 국가의 입법례 또는 통설이 면제를 계약으로 보고 있으나(오스트리아 민법 제1444조는 면제에 있어서 합의

거부할 권리를 어느 정도까지 인정할 것인가’라는 공통의 문제의식에 있어서 제3자 변제 및 채무인수와는 상반된 태도라는 점에서, 개정의 필요성 및 방향에 대한 논의가 분과위원회 내에서 있었다.

의견은 크게 두 갈래로 나뉘었다. 소수의견은 과거 2004년 민법개정위원회에서 채무자의 의식이 고양된 후에 면제를 계약으로 전환하자는 의견이 있었음을 상기하며,[525] 증여와 같이 면제도 계약으로 규정할 것을 주장하였다.[526] 그러나 다수의견은 채무면제를 계약으로 할 경우, 채무자가 제한능력자인 때에는 채무자 단독으로는 채무면제가 불가능해지는 문제가 있고,[527] 채권자와 채무자 간 의사의 합치를 요하게 되어 과정이 지나치게 복잡해져 채무면제가 사멸할 것을 우려하였다.[528] 이에 소수의견 측에서는 채무자가 제한능력자일 경우 채권자로서는 채무자의 법정대리인과 면제계약을 체결할 수 있고, 만일 채무자가 채무면제를 거부할 경우에는 채권이 시효소멸하도록 방치하는 방법으로 현행법과 동일한 효과를 거둘 수 있음을 강조하였다.[529] 그러나 제469조 제2항 등과 함께

의 필요성을 명시하고 있지는 아니하지만, 통설·판례는 합의를 요한다고 해석한다) 그러한 나라들에서도 단독행위설이 꾸준히 제기되고 있으며, 이탈리아 민법 제1236조의 경우 면제를 원칙적으로 단독행위로 규정하면서도 채무자가 상당한 기간 내에 거절의 의사를 표시한 경우에는 면제의 효력을 부인하는 절충적 태도를 보이고 있다. 磯村哲 編(주 141), 500-501頁(石田喜久夫 執筆部分) 참조.

525) 2001년 3월 9일 제2소위원회 제39차 회의 당시, 서민 제2소위원회 위원장은 채무자의 의사를 존중하는 차원에서 대다수 국가들의 입법례를 좇아 채무면제를 계약으로 규정할 것을 제안하였다. 하지만 하경효 위원은 만일 채권자의 채무면제 의사에도 불구하고 채무자가 정 변제를 하고 싶다면 ‘비채변제’를 하면 되므로, 개정이 불필요하다는 입장을 내비쳤다. 이에 서민 제2소위원회 위원장은 채권자가 비채변제의 수령마저 불원할 수도 있다는 점을 지적하며, ‘개인의 의사를 존중하는 사회’가 되면 다시 논의하자는 정도에서 결론을 내렸다. 그 결과 제506조는 개정 대상에서 제외되었다. 법무부 민법개정자료발간팀(주 16), 211-212면 참조.

526) 법무부 법무심의관실(주 80), 73-74면 중 정병호 위원의 발언.

527) 법무부 법무심의관실(주 80), 73면 중 송호영 위원의 발언.

528) 법무부 법무심의관실(주 80), 73면 중 여미숙 위원의 발언.

529) 법무부 법무심의관실(주 80), 74면 중 정병호 위원의 발언.

논의하자는 정도로 결론이 내려진 후 더 이상 논의되지 못하였다.[530][531][532]

4. 제3자 변제와 임의대위

전술한 채권양도, 채무인수, 채무면제의 개정안이 어느 정도 확정된 상태에서, 분과위원회는 제3자 변제와 임의대위의 개정 여부 및 방향을 최종 논의하게 되었다. 먼저 제469조 제1항과 관련하여는, 전술한 바와 같이 채권양도금지특약의 효력 약화 기조에 발맞출 필요가 있고, 채무자가 반대하는 것은 동일한데 채권자가 반대하는지 여부에 따라 제3자 변제의 효력 및 구상권의 유무가 좌우되는 것은 지나치다는 점에서, "당사자의 의사표시"에 의한 제한을 삭제하자는데 전원의 의견이 일치하였다.[533] 관건은 제469조 제2항이었다. 제469조 제2항과 제480조의 개정안으로는 총 4개 안이 제시되었다. 제1안은 스위스 채무법을 따라 현행 제469조 제2항을 삭제하는 안, 제2안은 나폴레옹 민법을 좇아 이해관계 유무를 불문하고 제3자의 변제를 허용하되 다만 구상권까지만 인정하고 임의대위권은 부정하는 안, 제3안은 일본의 2009년 채권법개정기본방침을 참고하여 전반적인 내용은 제2안과 유사하나 "당사자의 의사표시"에 의한 제한을 유지하는 안, 제4안은 독일 민법과 같이 채무자가 반대할 경우 채권자에게 변제수령 거절권을 부여하는 안이었다.[534]

---

530) 법무부 법무심의관실(주 80), 74면 중 김대정 분과위원장의 발언.

531) 한편 이후 소수의견 측의 정병호 위원은 채무면제는 제3자 변제 및 채무인수와는 달리 구상의 문제가 발생하지 않아 채무자 입장에서는 채권자가 변경될 우려가 없다는 차이점이 있음을 지적하였는데(법무부 법무심의관실(주 80), 185면), 이는 역설적으로 채무면제를 단독행위로 규정하여야 할 이유를 더욱 강화하는 근거로 생각된다.

532) 면제의 법적 성질에 관한 보다 구체적인 학설 대립의 내용은 磯村哲 編(주 141), 499-501頁(石田喜久夫 執筆部分) 참조.

533) 법무부 법무심의관실(주 80), 374, 377면 중 김대정 분과위원장, 정병호 위원의 발언 참조.

처음에는 제4안이 주목을 받았다. 채권자에게 변제수령 거절권이 없다면 채권자로서는 변제수령을 강제받게 된다. 그런데 제3자가 변제를 수령하는 것은 곧 제3자 변제 금지특약을 위반하는 것이다. 그 결과 채권자는 원하든 원하지 않든 제3자 변제 금지특약 불이행을 원인으로 하는 손해배상채무를 부담하게 되므로,[535] 이를 방지하기 위하여는 제4안이 불가피하다는 것이었다.

그러나 제4안과 같은 방식을 택할 경우 제3자 변제가 지나치게 복잡해질 우려가 있고, 채무자의 의사에 반하는 변제에 대하여는 임의대위를 금지하는 정도로 채무자 보호를 충분히 도모할 수 있다는 점에서[536] 결국 제2안을 택하기로 확정되었다.

이에 따라 확정된 분과위원회안의 요지는 다음과 같다.

제469조 제1항에서는 종전의 당사자의 의사표시에 기한 제3자 변제 제한 규정을 삭제하였다. 제469조 제2항은 이해관계 없는 제3자의 변제도 허용은 하되, 그에 따른 임의대위는 불허하는 방향으로 개정하였다. 제480조에 관하여는 제469조 제2항을 위와 같이 바꾸는 이상 불필요하다는 의견도 있었으나, 결론적으로 현행대로 존치하기로 하였다.[537]

Ⅲ. 2013년 제4기 민법개정위원회 실무위원회안[538]

전술한 분과위원회안에 대하여 2010년 제2기 민법개정위원회 실무위원회・위원장단회의・전체회의는 시간관계상 아무런 논의를 전개하지 못하였다. 그러나 2013년과 2014년 제4기 민법개정위원회의 논의 과정에서

534) 법무부 법무심의관실(주 80), 375-376면 중 김대정 분과위원장의 발언 참조.

535) 법무부 법무심의관실(주 80), 378-380면 중 김대정 분과위원장, 윤철홍 위원, 정병호 위원의 발언.

536) 법무부 법무심의관실(주 80), 381면 중 정병호 위원의 발언.

537) 법무부 법무심의관실(주 80), 383면.

538) 이하 ‘실무위원회안’이라 한다.

분과위원회안은 여러 수정을 거치게 되었고, 최종 채택된 법무부 민법 개정안에는 다른 방향의 수정안이 포함되게 되었다.

제469조와 제480조, 그중에서도 특히 제469조는 다른 조문들에 비하여 상대적으로 더 많은 논의의 대상이 되었던 것으로 보인다. 2013년 6월 11일 제4기 민법개정위원회 실무위원회 제22차 회의에서 나온 의견들은 이를 잘 보여준다.

우선 제469조 제1항에 관하여는 분과위원회안을 유지하자는데 모두의 의견이 일치하였다. 당사자의 의사표시로 제3자 변제를 금하는 것이 당사자의 의사를 존중한다는 측면에서 '법리적'으로 부당하다고 할 수는 없지만, 그로써 얻는 이익은 미미한 반면 그로 인해 제3자가 손해를 입을 염려는 분명하다는 '법정책적' 이유에 따른 것이었다.

반면 제469조 제2항에 관하여는 의견이 크게 두 갈래로 나뉘었다.[539] ① 권영준 위원은 이해관계 없는 제3자의 변제를 보다 넓게 허용하는 것이 채권자에게 유리하고, 채무자의 관점에서도 이는 사실상 채무면제를 받는 것에 다름 아니라는 측면에서, 현행법의 개정 필요성에는 동감하였다. 그러나 동시에 변제의 본래 주체인 채무자와 수령주체인 채권자가 모두 반대하고 있는 상황에서까지 이해관계 없는 제3자의 일방적 변제를 무조건 허용하는 것은 부당하기에, 독일 민법과 같이 거절권을 채권자에게 이전시키는 방법으로 유지하여야 한다고 보았다. 이태종 위원 또한 분과위원회안은 현행법과 과도하게 차이가 나므로, 그보다는 채권자에게 거절권을 부여하여 이해관계 없는 제3자의 부당한 개입을 막는 것이 상당하다고 의견을 같이 하였다.[540] 윤진수 실무위원장도 사소한 자구 수

539) 통일성상 "이해관계 없는 제3자"라는 표현을 "변제할 정당한 이익이 없는 제3자"로 고치자는 권영준 위원, 이태종 위원의 주장에 대하여는 이견이 없었다.

540) 다만 이태종 위원은 이 경우 채권자로서는 변제하려는 제3자가 변제할 정당한 이익이 있는지, 없다면 그 변제가 채무자의 의사에 반하는지 여부를 파악하는 것이 쉽지

정 외에는 이에 가담하였다. ② 반면 윤용섭 위원은, 어차피 채무자의 의사에 반하면서까지 이해관계 없는 제3자가 변제를 하더라도 분과위원회안 제480조에 의하면 이 경우 변제자대위는 인정될 수 없기에, 구태여 채권자에게 변제수령 거절권을 부여하여 일을 복잡하게 하는 것보다는 분과위원회안과 같이 개정해도 무방하다는 입장을 보였다. 결국 실무위원회안에서는 분과위원회안을 폐기하고 채권자에게 변제수령 거절권을 부여하는 방식을 택하기로 하였다.

제480조 제1항의 경우 규정 위치만 다를 뿐, 실질적으로는 분과위원회안을 유지하자는데 전원의 의견이 일치하였다. '법리적'으로는 채무자의 의사에 반한다는 이유로 변제자인 제3자의 임의대위를 금할 수 없지만, 제3자에게 변제할 정당한 이익이 없었고 채무자가 반대하였다는 사정을 감안하면, '법정책적' 측면에서 이를 입법적으로 금지하는 것도 가능하다는 것이었다. 나아가 권영준 위원은 이 경우 금지되는 것은 어디까지나 변제자대위에 국한될 뿐, 구상권이나 사무관리·부당이득 규정의 적용까지 배제하는 것으로 해석되어서는 아니 된다는 생각을 밝혔다.

Ⅳ. 2014년 법무부 민법 개정안[541]

실무위원회안이 확정된 후에도 제469조와 제480조는 몇 번의 더 수정을 거쳐야 했다. 2013년 7월 1일자 발행된 개정 시안(試案)이 제469조와 제480조에 관하여 개정안을 명시하거나 "<현행유지>"라고 하지 않고, "<논의중>"이라고만 하고 있다는 점은 이를 방증한다.[542] 그리고 결과적으로 최종적인 2014년 법무부안은 다음과 같이 규정하게 되었다.

아니하다는 점을 걱정하였다.

541) 이하 '2014년 법무부안'이라 한다.

542) 법무부 민법개정자료발간팀, **2013년 법무부 민법 개정 시안: 조문편**(법무부, 2013), 152-154면 참조.

제469조 제1항은 현행대로 유지하기로 하였다. 제469조 제2항은 “이해관계”라는 표현을 제481조의 “변제할 정당한 이익”으로 대체하고, 변제 허부에 대한 최종 선택권을 채무자가 아닌 채권자에게 부여하였다. 제480조 제1항은 단서에 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하였을 경우 임의대위를 금하는 규정을 신설하였다.

이는 전술한 분과위원회안과 실무위원회안 중 실무위원회안에 가깝다고 볼 수 있다. 분과위원회안에서는 이해관계 없는 제3자의 변제는 원칙적으로 허용하되 대신 변제자대위를 제한하는 방향으로 운용함으로써 제3자 변제를 보다 널리 허용하고자 하였다면, 2014년 법무부안과 실무위원회안은 독일 민법과 유사하게 제3자 변제의 거절권을 채무자에서 채권자에게로 이전하고, 대신 채무자가 반대했을 경우에는 변제자대위를 금지하는 방향으로 나아간 것이다. 다만 2014년 법무부안은 제469조 제1항의 경우 현행 유지를 결정했다는 점에서, 실무위원회안과는 달리 사적 자치의 원칙상 이해관계 없는 제3자 변제 금지특약의 효력을 인정하여야 한다는 반론을 수용한 것으로 보인다.

제480조의 경우 일부 자구 수정을 제외하면 사실상 실무위원회안을 그대로 유지하였다. 즉, 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하는 것을 허용하되 임의대위는 금지하자는 것에는 민법개정위원회 논의 전과정에 걸쳐 큰 이견은 없었다고 볼 수 있다.

다만 2004년 당시 법안이 임기만료로 폐기된 전력을 고려하여 법무부가 개정안 전체를 한 번에 제출하기보다는 나누어 제출하는 방식을 취하였기에,[543] 결과적으로 이 부분 개정안은 국회의 심의 대상조차 되어보지 못하였다.

---

543) 이에 관하여는 권영준, **2013년 민법 개정시안 해설(채권편)**(법무부, 2013), 4면 참조.

Ⅴ. 검토

〈표 2〉 제469조 · 제480조
현행법 · 분과위원회안 · 실무위원회안 · 2014년 법무부안 대조표

	제469조	제480조
현행법	제469조(제삼자의 변제) ① 채무의 변제는 제삼자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제삼자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제삼자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.	제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. ② 전항의 경우에 제450조 내지 제452조의 규정을 준용한다.
분과 위원회안	제469조(제3자의 변제) ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하는 경우에는 변제에 의한 대위는 허용되지 아니한다.	(현행과 같음)
실무 위원회안	제469조(제3자의 변제) ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 변제할 정당한 이익이 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하려는 경우에는 채권자는 이를 거절할 수 있다.	제480조(변제자의 임의대위) ① 변제할 정당한 이익이 없으나 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. 그러나 채무자의 의사에 반하여 변제한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 경우에 제450조부터 제452조까지를 준용한다.
2014년 법무부안	제469조(제3자의 변제) ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.	제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. 그러나 채무자의 의사에 반하여 변제한 경우에는 그러

	② 변제할 정당한 이익이 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하려는 경우에는 채권자는 이를 거절할 수 있다.	하지 아니하다. ② 전항의 경우에 제450조 내지 제452조의 규정을 준용한다.

분과위원회안과 실무위원회안, 2014년 법무부안 공히 제3자 변제를 가능한 한 확대하려는 경향이 눈에 띈다. 다만 그 구체적인 방법에 있어서는 차이가 있다. 분과위원회안은 불법계 전통에 가깝게 이해관계 유무를 불문하고 제3자 변제를 일단 허용하고, 다만 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제한 때에는 임의대위를 금하였다. 반면 실무위원회안과 2014년 법무부안은 상대적으로 독법계 전통에 가깝게 이해관계 없는 제3자 변제의 유무효를 최종적으로 채권자가 결정하도록 하였고, 다만 채권자가 제3자의 변제를 수령하더라도 채무자의 의사를 존중하여 임의대위는 불가하도록 하였다.

자구에 있어서도 사소한 변화가 목격된다. 실무위원회안과 2014년 법무부안 제469조 제2항은 기존의 "이해관계"라는 표현을 "변제할 정당한 이익"으로 대체함으로써, 양자가 동일하다는 다수설의 입장을 입법적으로 명확히 하였다.

제2절 쟁점 1: 채무자의 의사에 반하여 변제한 이해관계 없는 제3자의 구상

전술한 바와 같이, 가혹한 구상의 방지는 현행 제469조 제2항의 가장 큰 논거이다. 그러나 채무자의 의사에 반하는 이해관계 없는 제3자의 변제를 허용한다고 하여 과연 채무자가 제3자의 가혹한 구상의 위험에 노

출되는가? 그렇지 아니함은 구상의 근거를 살핌으로써 알 수 있다.

이하에서는 채무자의 의사에 반하는 제3자 변제를, 그것이 채무자의 이익을 위한 것인지 여부에 따라 나누어 살펴본다. 제3자가 채무자의 채무를 자신의 채무로 오신하여 변제한 경우 통상 제745조에 따라 제3자와 채권자 간 부당이득이 문제될 뿐이므로, 이른바 '오신사무관리'는 따로 논하지 아니한다. 또한 제3자가 채무자를 위한 의사로 변제하고 채무자가 이에 반대하지 아니한 경우에 사무관리가 성립함에는 이론이 있을 수 없는바, 이 역시 논하지 아니한다. 제3자가 채무자의 위탁을 받아 변제하였다면 제3자는 수임인으로서 채무자를 상대로 제688조에 따른 비용상환청구가 가능하다는 것 또한 자명하므로 검토하지 아니한다.[544]

Ⅰ. 채무자의 반대에도 불구하고 채무자의 이익을 위하여 변제한 경우

1. 사무관리의 본질에 관한 학설

가. 사회부조설

공동체 생활을 해나감에 있어서 상부상조하여 타인의 손해를 방지하고 타인의 이익을 더하여 나가는 것이 필요하고 바람직하며, 그것이 타인뿐 아니라 사회 전체의 복리가 된다는 점에서 사무관리의 인정 근거를 찾는 학설이다.[545] 이에 따르면 타인에게 '이익'이 되어야 한다는 점

544) 일본 판례 중 大判昭和15(1940)年11月15日・法律新聞4646號9頁（昭和15年(オ)第537號）은, 채무자의 위탁 없이 타인 채무를 변제한 제3자로서는 사무관리 비용상환청구, 부당이득반환청구, 변제자대위 등이 가능할 수 있으므로, 제3자가 채무자의 위탁을 받아 변제하였다고 주장하며 채무자를 상대로 지급금을 청구할 경우, 변제의 사실은 인정되나 위탁의 사실이 인정되지 아니한다면 재판소로서는 청구를 바로 기각할 것이 아니라, 제3자에게 사무관리 비용상환청구, 부당이득반환청구, 변제자대위 등의 사유를 주장할 의사가 있는지 석명을 구할 의무가 있다고 한다.

545) 郭潤直, **債權各論** 第六版(博英社, 2003), 335면; 郭潤直 編(주 452), 1-2면(崔秉祚 執筆部分); 金基善, **韓國 債權法各論** 第二全訂版(法文社, 1982), 337면; 金疇洙, **債權各論** 第2版(三英社, 1997), 513-514면; 金曾漢・金學東, **債權各論** 第7版(博英社, 2006), 669

에서, 타인사무관리의사[546]와 본인의 의사에 반하지 아니할 것[547] 모두 요구된다. 우리 판례가 기본적으로 취하고 있는 입장이다.[548]

나. 귀속성설

사무관리법의 취지는 타인의 사무를 관리하게 된 결과 발생하는 관리인과 본인 간 재산관계를 정의에 맞게 사후적으로 조정하는 데 있다는 견해이다.[549] 사무관리법의 이념을 사회부조로 새기게 되면 거래의 요청을 충족시키기 힘들고,[550] 본인의 의사에 명백히 반하는 부조를 막을 필요도 없었을 것이라는 점을 근거로 든다.[551] 이에 의하면 이득의 존부는 사후조정을 위하여 객관적으로 파악되는 것이므로, 타인사무관리의사[552]와 본인의 의사에 반하지 아니할 것[553]이라는 요건 모두 불필요하다.[554]

면; 金亨培(주 124), 7-9면; 송덕수, **채권법각론** 제5판(박영사, 2021), 447면; 李太載, **債權各論新講**(進明文化社, 1978), 392면; 張庚鶴, **(新稿)債權各論**(서울考試學會, 1962), 244면; 玄勝鍾, **民法(債權法)**(博英社, 1973), 293면; 黃迪仁, **現代民法論Ⅳ: 債權各論** 增補版(博英社, 1987), 320면.

546) 郭潤直(주 545), 336-338면; 郭潤直 編(주 452), 43면(崔秉祚 執筆部分); 金基善(주 545), 341면; 金疇洙(주 545), 524면; 金曾漢・金學東(주 545), 672-673면; 金亨培(주 124), 21-29면; 송덕수(주 545), 450-451면; 李太載(주 545), 397-398면; 張庚鶴(주 545), 248면; 玄勝鍾(주 545), 295면; 黃迪仁(주 545), 322면.

547) 郭潤直(주 545), 338면; 金基善(주 545), 342면; 金曾漢・金學東(주 545), 676면; 金亨培(주 124), 29-30면; 송덕수(주 545), 452면; 張庚鶴(주 545), 250면.

548) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다71558 판결. 다만 판례는 제3자가 채무자와 아무런 계약관계가 없음에도 채무자가 부담하는 채무를 유효하게 변제한 경우 "특별한 사정이 없는 한" 사무관리가 성립한다고 설시함으로써, 타인사무관리의사의 부존재 및 본인의 의사에 반한다는 사실의 증명책임을 사무관리의 성립을 부정하는 측에 지우고 있다. 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38106 판결; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다68203 판결; 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다276539 판결 등 참조.

549) 李銀榮, **債權各論** 第5版(博英社, 2005), 649-650면; 池元林(주 113), 1657면.

550) 李銀榮(주 549), 650면.

551) 김상용, **채권각론** 제4판(화산미디어, 2021), 510면.

552) 李銀榮(주 549), 665면. 다만, 池元林(주 113), 1660면은 일견 귀속성설을 택하면서도 타인사무관리의사가 필요하다는 입장이다.

2. 제739조 제3항의 적용 가부

채무자의 반대에도 불구하고 채무자의 이익을 위하여 변제한 사안은, 사무관리법의 용어로는 '본인의 의사에 반하는 타인사무관리의사 있는 사무관리'라고 할 수 있다. 제3자가 온전히 채무자의 이익만을 위하여 변제한 경우는 애초에 증여에 해당하는바, 이 경우에는 구상관계가 달리 문제될 소지가 없다.[555] 그러나 타인사무관리의사는 자신의 이익을 위한 의사와 병존할 수 있다는 점을 감안하면,[556] '사실상 이해관계' 있는 제3자가 자신의 이해를 위하여 변제를 하더라도 채권소멸이라는 '사실상의 이익'을 채무자에게 귀속시키고자 하는 의사 또한 존재한다면 본 사안에 해당할 것이다.[557]

---

553) 李銀榮(주 549), 669-670면. 다만, 池元林(주 113), 1662면은 "관리행위가 처음부터 명백히 본인에게 불리하거나 본인의 의사에 반하더라도 제734조 제3항 또는 제739조 제3항의 문언을 근거로 사무관리의 성립을 인정할 수도 있지만, 사무관리의 본질 및 제737조 단서의 취지에 비추어 차라리 이러한 경우에는 (적법행위로서) 사무관리의 성립 자체를 부정할 것"이라고 한다.

554) 다만 김상용(주 551), 511, 514-515, 518-519면은 귀속성설의 입장을 따르면서도 사무관리의 사상적 기초는 사회부조설에서 찾는바, 타인사무관리의사와 본인 의사에의 합치를 사무관리의 요건으로 제시한다.

555) 상속세 및 증여세법 제36조는 그러한 이유로 제3자가 채무자에 대하여 구상권을 행사하지 아니함을 동법 적용의 전제조건으로 한다. 이때 과세의 기준이 되는 증여일은 구상권이 없음을 전제로 한 제3자의 변제일이며, 만일 제3자가 변제 당시에는 구상권을 가지기로 하였지만 후에 이를 포기한다면 이는 채권자로부터 채무를 면제받은 것에 다름 아니다. 자세한 것은 윤지현, "채무면제 등에 관한 「상속세 및 증여세법」 제36조의 해석론 소고(小考)", **租稅法硏究**, 第25輯 第1號(2019. 4), 96-100면 참조.

556) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다71558 판결; 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다25124 판결; 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다30882 판결; 郭潤直(주 545), 338면; 郭潤直 編(주 452), 35면(崔秉祚 執筆部分); 金基善(주 545), 341면; 김상용(주 551), 515면; 金疇洙(주 545), 525면; 金曾漢・金學東(주 545), 673면; 송덕수(주 545), 450면; 李太載(주 545), 398면; 張庚鶴(주 545), 248면; 池元林(주 113), 1660면; 玄勝鍾(주 545), 295면; 黃迪仁(주 545), 322면.

557) 다만 金龍潭 編(주 262), 363면(崔秀貞 執筆部分)은, 본인이 거부했지만 본인에게 이익이 되는 사무관리 상황은 현실적으로 발생하기 힘들다고 한다. 본인의 실제 의사를 확인하기는 어렵기에, 실무상으로는 본인에게 이익이 되는지를 기준으로 본인의 추정

본 사안의 경우, 제3자의 비용상환청구의 가부는 제739조 제3항을 어떻게 해석하는지에 달려있다. 우리 민법은 제739조 제3항에서 “본인의 의사에 반하여 관리한 때”라는 표현을 사용함으로써 일견 본인이 불원하는 사무관리도 가능한 것처럼 규정하면서도, 다른 한편으로 제734조 제2항에서 “본인의 의사를 알거나 알 수 있는 때에는 그 의사에 적합하도록 관리”할 의무를 부과하고 있는바, 제739조 제3항이 상정하는 상황이 과연 사무관리에 해당하는지를 둘러싸고 많은 논의가 전개되고 있다.

가. 사무관리 비용상환청구권이라는 견해

종래 다수설과 판례의 입장인 사회부조설 중 다수는 제734조 소정의 사무관리의 요건을 ‘본인에게 불리하거나 본인의 의사에 반한다는 것이 명백하지 아니할 것’으로 확대해석하는 동시에,[558] 제739조 제3항의 “본인의 의사에 반하여” 부분을 ‘본인의 의사에 반하느냐의 여부가 명백하지는 아니하나, 본인의 의사에 반하는 경우’로 축소해석한다.[559] 이러한 해석에 따를 때, 제739조 제3항의 청구권은 통상의 사무관리에 따른 비용상환청구권이 된다.[560] 즉, 제739조 제3항은 본인의 의사에 반

적 의사를 판단하기 때문이다.

558) 郭潤直(주 545), 338면; 金基善(주 545), 342면; 김상용(주 551), 518면; 金疇洙(주 545), 527면; 송덕수(주 545), 452면; 李太載(주 545), 398-399면; 張庚鶴(주 545), 250면; 玄勝鍾(주 545), 295면; 黃迪仁(주 545), 322면. 이는 제737조 단서의 표현에서 착안한 것이다.

559) 郭潤直(주 545), 341면; 김상용(주 551), 522면; 金疇洙(주 545), 527면; 金亨培(주 124), 10, 30-31면; 송덕수(주 545), 452면; 李太載(주 545), 399면; 張庚鶴(주 545), 257면; 玄勝鍾(주 545), 295면; 黃迪仁(주 545), 322면.

560) 다만 사회부조설의 입장인 金基善(주 545), 343, 347면은, 본인의 의사에 반함이 명백하지 않더라도 실제로는 본인의 의사에 반하는 것이었다면 관리자는 본인을 상대로 제739조 제3항에 의하여 ‘부당이득반환청구’만 가능하다고 한다. 즉, 본인의 의사에 반하면 그 사실이 명백한지 여부를 불문하고 사무관리는 불성립하며, 다만 그것이 명백하지 아니하였을 경우 부당이득반환청구는 가능하다는 입장이다. 한편 玄勝鍾(주 545), 297면은 제739조 제3항의 청구권을 사무관리에 따른 비용상환청구권으로 새기

한다는 것이 명백하지 아니하여 이를 모르고 행한 통상의 사무관리에 적용되는 규정이라는 것이다. 이에 의하면 처음부터 본인의 의사에 명백히 반하면 사무관리는 불성립하고 관리자는 본인을 상대로 부당이득반환청구가 가능할 뿐이지만, 본인의 의사에 반하는지 여부가 명백하지는 않으나 결과적으로 본인의 의사에 반하는 때에는 일단 사무관리는 성립하되 제737조 단서에 따라 사무관리를 중지하고 그때까지의 비용상환청구가 가능하다.[561] 따라서 본인이 처음부터 반대의사를 명백히 밝혔다면 제739조 제3항은 적용될 여지가 없다.

그러나 이러한 해석이 지나치게 복잡하며, 제739조 제3항은 통상의 사무관리가 아닌 위법사무관리를 전제한 입법론적으로 모순적인 규정이라는 견해도 존재한다.[562] 이에 의하면 사무관리는 무릇 본인의 추상적·현실적 의사에 부합할 것을 요하므로, 관리자의 주관적 인식을 막론하고 본인의 의사에 반하였다면 사무관리는 논할 여지가 없다. 그런데 제739조 제3항은 이러한 경우에도 비용상환청구를 긍정하는바, 이는 잘못된 규정이라는 비판이다.

한편 귀속성설의 입장에서는 본인의 의사에 반하는지 여부는 사무관리의 성립에 애초에 아무런 소장이 되지 아니한다고 보는바, 제739조 제3항의 청구권이 통상의 사무관리에 따른 비용상환청구권이라는 결론에 동의한다.

나. 부당이득반환청구권이라는 견해

최근의 유력한 학설은 본인의 현실적·추정적 의사에 반한다면 관리자의 선의·악의와 무관하게 사무관리는 성립할 수 없다고 해석하며, 이

면서도, 그것이 부당이득의 법리에 터잡은 것이라고 한다.

561) 郭潤直(주 545), 341면; 김상용(주 551), 520-521면.

562) 金亨培(주 124), 45면.

에 따라 제739조 제3항의 청구권은 편제상 위치에도 불구하고 구상권이 아닌 성질상 부당이득반환청구권이라고 본다.[563]

제734조 제2항의 문언을 "솔직하게" 살펴본다면 우리 민법이 본인의 추상적·현실적 의사에 부합할 것을 사무관리의 요건으로 하고 있음을 알 수 있으며, 제737조 단서는 본인의 현실적 의사에 반할 경우 관리행위를 중지하여야 한다는 사무관리의 방법에 관한 규정일 뿐이라는 것이다.[564] 제739조 제3항의 기원인 일본 민법 제702조 제3항 제정 당시 일본의 입법자들 또한 "오히려 부당이득의 아래 두는 것이 지당함에도 불구하고 특히 본조에 규정하는 까닭은 본항의 경우에도 마찬가지로 전2항의 규정의 적용을 의욕한 것"이라고 해설하였다는 사실은 이를 뒷받침한다.[565] 따라서 본인의 추상적·현실적 의사에 부합하지 아니하는 이상 사무관리는 성립할 수 없으며, 다만 우리 민법은 제739조 제3항을 통하여 그 관리행위가 객관적으로 본인에게 이득이 되는 때 예외적으로 부당이득으로서 특별히 반환의무를 부담하도록 규정하고 있을 뿐이다.[566]

다. 검토

생각건대 제739조 제3항의 청구권은 부당이득반환청구권으로서, 본인의 의사에 반함이 명백한 때에도 적용되어야 한다.

---

563) 金曾漢·金學東(주 545), 682면; 金炯錫(주 8), 354면 참조. 郭潤直 編(주 261), 371면(梁彰洙 執筆部分)에 따르면, 독일의 Windscheid 또한 이를 '무(無)원인에 기한 부당이득반환소권'으로 보았다고 한다. 양창수·권영준(주 95), 495면은 제739조 제3항뿐 아니라, 비용상환 일반의 본질이 부당이득반환이라고 한다. 관련하여 서울고등법원 2012. 6. 7. 선고 2011나96378 판결은 제739조 제3항에 관하여 "새로운 구상권 발생 근거를 법정한 것이라기보다는 부당이득반환청구권에 기한 구상권의 발생을 확인한 것"이라고 설시한 바 있다.

564) 金炯錫(주 8), 354면.

565) 金炯錫(주 8), 355면.

566) 金炯錫(주 8), 353-354면. 金曾漢·金學東(주 545), 682면은 이러한 이유에 터잡아 제739조 제3항을 확인적 규정으로 새긴다.

사실 제739조 제3항에 관한 학설의 대립은 고대 로마에서의 논의와 일응 유사한 지점이 있다. 전술한 바와 같이, 로마에서는 본인의 의사에 반하는 경우에도 관리자가 본인에게 비용상환을 구할 수 있는지가 문제되었고, Iustinianus 대제는 칙령으로 본인의 의사에 부합하여야 한다는 원칙을 선언하였다.[567] 그런데 흥미롭게도 당시 칙령은 우리의 현재 학설 대립과 유사한 내용을 많이 포함하고 있다.

> 어떤 자가 사무본인이 원하지 않고 특별히 금지함에도 함부로 그 재산관리에 개입하였다면, 그가 행한 것에 관한 비용상환을 위하여 이러한 사무관리자가 사무본인을 상대로 어떤 소권을 가지는지에 대하여 위대한 권위자들 사이에서 의문이 있어왔다.
>
> 1. 소권을 본래소권이나 준소권으로 인정하는 법학자들이 있고, Salvius Iulianus도 가담했던 이를 부정하는 다른 법학자들이 있기에, 짐이 이 문제를 결판하여 다음과 같이 결정한다. 사무본인이 반대하고 또 그가 자신의 재산을 관리하는 것을 금지한 경우, Iulianus의 견해에 좇아 어떠한 반대소권도 그를 상대로 인정되지 않는바, 단 사무본인이 그에게 자신의 재산에 손대는 것을 불허하면서 그 내용을 그에게 알린 통지가 도달한 후에 그러하며, 그에 의하여 재산이 잘 관리되었더라도 그러하다.
>
> 2. 사무본인이 사무처리자에 의하여 많은 비용이 유용하게 지출되었음을 주시하고, 그때 가서 악의적으로 부지(不知)를 가장한 채 이미 지출한 것을 상환하지 않기 위하여 그에게 금지한 경우에는 어떠한가? 짐은 결코 이를 용인하지 아니한다. 그런데 서면으로든 아니면 서면으로가 아니면 복수의 제3자의 증인 참여하에 통지된 날로부터는 개량을 위하여 지출한 비용에 대하여 그에게 어떠한 소권도 인정되지 않는다. 이전의 것에 대하여는 그것이 유익하게 지출된 것인 한도에서 그가 사무본인을 상대로 그 본성상 시효에 걸리는 소권을 가지는 것을 짐은 인정한다.[568]

567) C.2.18.24. 자세한 것은 이상훈(주 307), 250-251면 참조.

제1항의 “소권을 본래소권이나 준소권으로 인정하는 법학자”부터 본다. ‘본래소권으로 인정하는 법학자’는 사무관리의 성립에 있어서 본인의 의사에 적합할 것은 불필요하다는 이은영 교수의 귀속성설의 입장에 대응한다. 반면 ‘준소권으로 인정하는 법학자’는, 본인의 의사에 어긋나더라도 예외적으로 우리 민법이 제739조 제3항을 통하여 비용상환청구를 긍정하고 있다는 김형배 교수의 주장에 상응한다. 이에 Iustinianus 대제는 명시적으로 소권부정설을 취함으로써, 사무관리소권이 성립하기 위하여는 본인의 의사에 부합하여야 한다고 한다.

그런데 특이한 것은 Iustinianus 대제가 본인의 ‘실제 의사’에 부합하는지 여부가 아닌, 본인의 ‘관리금지 통지 시점’의 선후를 기준으로 소권의 유무를 판단하였다는 점이다. 즉, 본인의 현실적 의사에 반하더라도 본인이 그 의사를 통지하지 아니한 이상에는 사무관리가 성립한다고 보는 것이다. 이는 우리 다수설이 제734조 제2항에서 본인의 의사에 적합할 것을 사무관리의 원칙적 요건으로 규정하고 있다고 보면서도, 본인의 의사에 반함이 명백해지기 전까지는 비용상환청구가 가능하다고 풀이하는 것과 일응 유사하여 보인다.

그러나 우리 민법의 사무관리·부당이득 제도는 고대 로마법이 아닌 Savigny가 정초한 독일 보통법을 계수한 것이다. 실제로 우리 사무관리·부당이득 제도 중에는 고대 로마법의 시각과 차이가 있는 것이 다수 존재하며, 제739조 제3항 또한 예외가 아니다.[569] 따라서 독일법적 전통에 비추어 볼 때 본인의 의사에 적합할 것은 사무관리의 요건이며, 제739조 제3항의 청구권은 본인의 추정적·현실적 의사에 어긋나지만 객관

568) 번역은 이상훈(주 307), 250-251면을 참조하였다. 밑줄은 필자의 것이다.

569) 이상훈(주 307), 268-270면 참조. 제739조 제3항 외에도 제203조의 유익비상환청구 또한 점유자의 선의와 악의를 불문한다는 점에서, 악의의 점유자에게는 수거권만을 부여한 로마법과는 차이가 있다고 한다.

적으로 본인에게 이익이 되는 경우에 예외적으로 인정되는 '부당이득반환청구권'으로 새겨야 한다.[570] 다수설과 같이 오직 선의의 관리자에게만 제739조 제3항을 적용하여 비용상환청구를 긍정하는 것은, 우리 민법이 제203조에서 악의의 점유자에게도 유익비상환청구를 긍정하는 이유를 설명하지 못한다.[571]

현실적으로도 다수설의 태도는 의문이다. '명백성'이라는 기준이 대단히 모호함은 별론으로 하더라도,[572] 제739조 제3항 어디에서도 본인이 원치 아니함이 명백하지 아니할 것을 요건으로 규정하고 있지 아니하기 때문이다. 다수설은 제737조 단서를 유추적용하는 듯 보이나,[573] 제737조는 그 조문에서 알 수 있듯 관리를 "계속(繼續)"할지에 관한 것이다. 제737조의 취지가 '일방적으로 타인사무의 관리를 시작하였다가 임의로 중단함으로 말미암아 본인에게 피해가 가는 사태를 방지하기 위함'이라는 데에는 이설이 없다.[574] 제737조는 제734조 소정의 관리자의 선관주의 의무의 구체화에 불과한 것이다. 이처럼 "계속"에 관한 제737조의 기준을 사무관리의 '개시(開始)'에 적용하는 것은 제737조의 취지를 오독하는 것이라 하지 아니할 수 없다.[575]

요컨대 제737조 단서는 본인이 불원하면 사무관리를 "계속"하지 아니하여도 된다는 당연한 원칙을 재확인할 뿐이므로 제739조 제3항과 상충하지 아니한다. 즉, 우리 민법은 사무관리의 성립을 위하여 원칙적으로 본인의 의사에 적합할 것을 요구하면서도, 그럼에도 불구하고 본인의

570) 다만 이상훈(주 307), 272면은 제739조 제3항의 청구권을 비용상환청구권으로 본다.
571) 이상훈(주 307), 272면.
572) 金曾漢・金學東(주 545), 682면; 金亨培(주 124), 46면.
573) 金炯錫(주 8), 354면.
574) 金基善(주 545), 344-345면; 金龍潭 編(주 262), 356면(崔秀貞 執筆部分); 송덕수(주 545), 453면.
575) 同旨: 齋田統(주 11), 7頁.

의사에 반하는 관리행위가 있었다면 제739조 제3항의 부당이득반환청구권을 통하여 보충적으로 이익을 조정하는 것이다.[576] 따라서 제739조 제3항이 존재하는 한, 변제한 제3자는 채무자를 상대로 채무자의 현존이익의 한도 내에서 부당이득의 반환을 구할 수 있다.[577] 이는 반의사보증인의 채무자에 대한 구상(제444조 제2항)과 매우 유사한 구조이다.

한편 변제자대위는 성립요건으로 '구상권'의 존재를 전제한다.[578] 그런데 만일 제739조 제3항의 청구권이 구상권이 아니라면, 그에 터잡은 변제자대위는 성립할 수 있는가? 생각건대 부당이득반환청구권 자체가 구상권의 발생근거가 되는바,[579] 부당이득반환청구권 자체에 기한 변제

576) 참고로 개정 프랑스 민법 제1301-5조는 "관리자의 행위가 사무관리의 요건을 충족시키지 못하지만 사무의 본인에게 이익이 되는 경우에는 본인은 부당이득의 규정에 따라서 관리자에게 배상하여야 한다."라고 규정하고 있다.

577) 다수설에 입각한 郭潤直 編(주 28), 119-120면(金大彙 執筆部分)은, 현행 제469조에 비추어 볼 때, 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반함을 알면서 무효의 비채변제를 하였거나(제742조) 채무자의 의사에 반하지 아니한다고 믿고 변제하였는데 채권자가 선의로 증서를 훼멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 채권을 잃었다면(제745조), 제3자는 채무자를 상대로 제739조 제3항에 따라 상환을 청구하거나 제748조 제1항에 따른 부당이득반환청구가 가능하다고 한다.

578) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38106 판결; 郭潤直(주 59), 263면; 郭潤直 編(주 28), 190면(李仁宰 執筆部分); 김대정・최창렬(주 34), 430면; 김상용(주 46), 450면; 김용덕 편(주 29), 280면(최형표 집필부분); 金疇洙(주 8), 468면; 송덕수(주 33), 460-461면; 李銀榮(주 34), 715면; 李太載(주 63), 282면. 그러면서도 통설・판례는 이해관계 '있는' 제3자의 채무자의 의사에 반하는 변제 시 변제자대위가 어떤 구상권을 근거로 이루어지는지에 관하여는 전반적으로 함구하고 있다. 이 이론적 맹점을 극복하기 위하여는 ① 전술한 보아소나드 민법이나 프랑스 민법과 같이 변제자대위권이 구상권 없이도 발생한다는 식으로 견해를 수정하거나 ② 후술하듯 구상부당이득반환청구권을 구상권으로 보아야 하는데, 다른 제도와의 조화상 ② 구상부당이득반환청구권을 구상권으로 보는 것이 더 나은 방향이다. 자세한 것은 渡邊力(주 11), 189号(2001), 233-279頁; 渡邊力(주 11), 190号(2001), 175-222頁 참조.

579) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003다36904 판결; 郭潤直 編(주 28), 190면(李仁宰 執筆部分); 김대정・최창렬(주 34), 430면; 김용덕 편(주 29), 280면(최형표 집필부분); 李太載(주 63), 282면. 프랑스 판례인 Cass. 1re civ., 4 avr. 2001, *Bull.* civ. I, n° 105은 구상의 법적 성질 자체를 부당이득반환소권으로 보고 있다고 평가받기도 한다. 정태윤

자대위는 불가능하더라도 부당이득반환청구권에 따른 구상권에 기한 변제자대위는 가능할 것이다.[580] 이러한 점을 감안하여 이하에서도 구태여 '부당이득반환청구권'이라고 하지 아니하고, 혼돈을 피하기 위하여 '구상권'이라고 표기한다.

Ⅱ. 채무자의 반대에도 불구하고 자신의 이익을 위하여 변제한 경우

1. (준)사무관리의 성부

사무관리법의 입장에서 이는 전형적인 이른바 '무단사무관리' 또는 '불법사무관리' 사안이다. 제3자가 채무자에 대한 가혹한 구상을 위하여 채무자의 반대에도 불구하고 변제한 경우가 이에 해당한다. 구체적인 예로는 시효완성일을 하루 남긴 상황에서 제3자가 변제를 강행하거나,[581] 자연채무로서 소구력이 없음에도 제3자가 변제를 행한 후, 채무자를 상대로 구상에 나서는 사례를 들 수 있다.

귀속성설의 경우, 본 사안은 여전히 통상의 사무관리 사안에 해당하는 바,[582] 제739조 제3항에 의하여 제3자가 구상권을 취득하고 그 범위 내에서 변제자대위 또한 가능하다고 볼 것이다. 반면 사회부조설의 경우,

---

(주 20), 82면 참조.

580) 同旨: 金容漢(주 34), 541면; 金曾漢・金學東(주 61), 365면; 李銀榮(주 34), 710-711면; 池元林(주 113), 988면; 玄勝鍾(주 34), 381면.

581) 이 경우 제3자의 구상채무가 인정된다면, 구상권은 본래의 채권과 별개의 독립된 권리이므로 다음 날 본래의 채권이 시효소멸하더라도 구상권은 그와 무관하게 존속하고(대법원 1996. 3. 26. 선고 96다3791 판결 참조), 시효기간 자체도 본래의 채권과 무관하게 제162조 제1항의 적용을 받아 원칙적으로 10년이 될 것이다(대법원 1979. 5. 15. 선고 78다528 판결 참조).

582) 李銀榮(주 549), 659-661면. 다만 李銀榮(주 549), 656-657면 또한 정당사무관리와 구별하여 본인의 이익 및 의사에 반하는 사무관리를 "부당사무관리"라고 하고, 그중 본인의 의사에도 어긋나고 타인사무관리의사가 결여된 경우를 "무단사무관리"라고 부른다. 즉, 사무관리라는 넓은 범주하에 정당사무관리, 부당사무관리 등 하위유형이 있다고 보는 것이다.

이른바 ‘준사무관리’ 개념의 인정 여부에 따라 결론이 달라진다.[583] 준사무관리설의 경우, 본 사안에 사무관리 규정을 적용하여 구상권과 변제자대위를 인정할 소지가 있다.[584] 반면 준사무관리부정설에서 본 사안은 사무관리법이 아닌 부당이득법의 문제로 남게 된다.[585]

생각건대 사무관리는 성립하지 아니한다고 새김이 타당하다. 부조의사가 없으나 결과적으로 부조하게 되었다면, 이는 이익조정에 관한 부당이득법에 의하면 족하지, 구태여 사무관리법을 매개로 두텁게 보호할 필요가 없기 때문이다.

우선 귀속성설은 채용할 수 없다. 귀속성설의 근거로는 사무관리법의 취지가 재산관계의 사후적 이익조정에 있는 점, 우리 민법이 관리자의 보수청구권을 부정하고 있음에 비추어 볼 때 사회부조의 장려를 사무관리의 목적이라고 할 수 없는 점 등이 제시된다.[586] 그러나 우리 민법이 보수청구권을 부정하고 있는 것은 역으로 사무관리의 본질이 도의적 동기에 있다는 점을 방증한다고 볼 수도 있으며,[587] 귀속성설과 같이 이익

583) 李太載(주 545), 408면; 張庚鶴(주 545), 261면; 玄勝鍾(주 545), 298면은 ‘준사무관리’의 범주에 전술한 ‘채무자의 반대에도 불구하고 채무자의 이익을 위하여 변제한 경우’를 포함시키나, 최근의 논의는 준사무관리를 불법사무관리와 오신사무관리로 국한한다. 김상용(주 551), 523면은 일반적으로 준사무관리는 불법관리만을 의미한다고 한다.

584) 金基善(주 545), 348-349면; 金疇洙(주 545), 541면; 金曾漢・金學東(주 545), 686면; 張庚鶴(주 545), 260면.

585) 郭潤直(주 545), 342-343면; 김상용(주 551), 524면; 池元林(주 113), 1661면; 玄勝鍾(주 545), 298면. 한편 李太載(주 545), 407면은 준사무관리를 부정하면서도, 적법행위인 사무관리가 성립할 때보다 위법행위인 부당이득이 성립할 때의 반환의 범위가 더 클 수도 있다는 모순을 시정하기 위하여 역으로 사무관리 비용상환청구의 범위에 관리자 개인의 특수한 재능에 따른 이례적 이익을 포함하여야 한다고 한다. 반면 송덕수(주 545), 456면은 부당이득반환의 범위는 손실에 구애될 것이 아니라 이익 전부에 미치기 때문에, 위와 같은 우려는 기우일 뿐이라고 본다.

586) 李銀榮(주 549), 650면.

587) 張庚鶴(주 545), 253면.

조정만을 지도원리로 내세우게 될 경우에는 사무관리법과 구상부당이득법 간의 경계가 형해화될 것이다.[588]

사무관리 제도의 역사적 기원에 비추어 보더라도 타인사무관리의사는 사무관리의 본질이라고 할 수 있다. 사무관리는 고대 로마에서 부재자들이 소송상 무방비로 인하여 재산의 사(私)압류·총매각을 당하거나 질물의 매각 및 발효할 위약벌로 인한 소송을 당하거나 불이익하게 자신의 물건을 상실하지 않도록 그 부재자들의 벗이 자발적으로 소송대리를 한 사례에서 기원한 것이다.[589] 당대 학설상으로도 Labeo는 타인사무관리의사가 없다면 이는 타인의 사무가 아닌 자기의 사무를 처리한 것에 불과하다고 보아 사무관리소권을 부정하였고, Ulpianus는 자익사무관리의 경우에도 객관적으로 본인에게 이득이 되었다면 사무관리소권에 의한 정산이 가능하나, 다만 이러한 개입은 어디까지나 "부당한 것(improbe)"이기에, 비용 전액이 아닌 본인이 이득한 상당액에 한하여 소권을 가질 뿐이라고 보았다.[590]

따라서 사무관리의사가 없는 경우에는 별도의 특칙이 있는 때에만 구상권이 발생한다.[591] 그런데 우리 민법에는 독일 민법 제687조 제2항[592]

588) 귀속성설을 취하는 李銀榮(주 549), 652면 또한 사무관리와 부당이득은 채권관계의 성질이 다르다고 하면서도, 부당이득법은 정당한 권리자에게 귀속되어야 할 재산을 타인이 갖고 있는 경우에 권리자에게 되돌려 준다는 점에서 사무관리법과 기능면에서 유사성을 가지므로, 부당이득법과 사무관리법의 한계를 설정하기가 어렵다는 점을 인정한다.

589) D.3.5.1; D.3.5.3pr.

590) D.3.5.5.5. 자세한 것은 이상훈(주 307), 249면 참조.

591) 한편 귀속성설을 취하는 李銀榮(주 549), 670면 또한 관리자가 본인의 이익을 해할 의사로 행위하거나 부주의로 본인에게 손해를 가한 때에는 고의·과실로 인한 불법행위책임을 지게 되며, 그런 경우에까지 사무관리가 성립하지는 아니한다고 한다.

592) 독일 민법 제687조(부진정사무관리) ② 자기가 사무처리에 관한 권한이 없음을 알면서 타인의 사무를 자기의 사무로서 처리하는 때에는 본인은 제677조[사무관리자의 의무], 제678조[본인의 의사에 반하는 사무관리], 제682조[사무관리자의 무능력]에 의한 청구권을 주장할 수 있다. 본인이 이를 주장하는 때에는 본인은 사무관리자에 대하여 제684조[이익의 반환] 제1문에

과 같은 준사무관리에 관한 명문의 규정이 없는바, 사무관리의 본질에서 벗어난 준사무관리 관념을 긍정할 소지는 없다.[593] 특히 준사무관리에 따른 구상에 관하여 만일 제739조 제1항, 제2항의 규정을 유추적용하게 될 경우, 타인사무관리의사가 부존재함에도 도리어 타인사무관리의사가 존재하는 경우의 구상 범위(제739조 제3항)보다 제3자가 더 유리하게 되는 모순 또한 발생할 수도 있다. 따라서 본 사안은 구상부당이득법에서 검토함이 적의하다.

2. 구상부당이득반환청구권의 성부: 강요된 이득의 문제

가. 기존의 학설과 판례

사무관리의사 없는 제3자 변제 사안이 제741조 소정의 구상부당이득의 성립요건을 충족함은 자명하다.[594] 그러나 문제가 되는 것은 바로 '강요된 이득(aufgedrängte Bereicherung)'[595]에 따른 부당이득반환청구를 긍정하여야 하는지 여부이다.

학설은 대립한다. 다수설과 독일 판례는 '객관적 이득'의 존부가 아닌 '주관적 이득'의 존부에 따라, 채무자의 주관적 관점에서도 이득인 경우에 한하여 현존이익의 한도 내에서 부당이득반환청구가 가능하다고 한다.[596] 그 외에도 소송계속 발생 시의 현존이익과 법정대위권을 상한

의한 의무를 진다.

593) 郭潤直(주 545), 343면.

594) 張庚鶴(주 34), 506면. 구상부당이득반환청구권의 요건, 효과, 근거에 관하여는 독일에서 견해가 통일되어 있지는 아니하나, 구상권에 관한 특별한 규정이 없는 때에 비로소 행사할 수 있다는 점에 관하여는 이론이 없다. 최명구, "구상부당이득의 성질에 대한 비교법적 검토 - 독일과 한국의 학설을 중심으로 -", **比較私法**, 제17권 제1호(2010. 3), 221-248면 참조.

595) 김상용(주 551), 595면은 "배제된 부당이득"이라고 한다.

596) BGH NJ 2001, 40; Ernst von Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", in Dölle/Rheinstein/Zweigert (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1*

으로만 반환을 구할 수 있다는 설,[597] 악의의 비채변제에 관한 독일 민법 제814조(우리의 제742조)를 유추적용하여 부당이득반환청구권을 부정해야 한다는 설[598] 등이 있다. 그러나 최근 독일의 유력한 학설은 제3자 변제로 인한 구상상황이 채무자 입장에서는 채권이 양도된 것에 다름 아니라는 점에 착안하여 채권양도에서의 채무자 보호 규정을 유추적용함으로써, 채무자가 채권자에 대하여 갖고 있던 항변사유를 제3자(구상권자)에게 주장할 수 있다고 해석한다(채권양도 유추적용설).[599]

우리 판례는 다수설의 입장에 서있는 것으로 보인다. 대법원은 부당이득반환청구 사건에서 다수설의 입장을 전제로 하여 피고의 항변을 배척한 바 있고,[600] 하급심 판례 중에는 비용상환청구의 사안에서 강요된 이득의 법리에 따라 청구를 기각한 사례가 있다.[601]

(Mohr, 1954), S. 333, 381 등 참조.

597) König, Detlef, "Ungerechtfertigte Bereicherung", in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band II* (Bundesanzeiger Verlag, 1981), S. 1515-1590, 최명구(주 594), 225면에서 재인용.

598) Reeb, Hartmut, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts* (C.H.Beck, 1975), S. 84.

599) Canaris, Claus-Wilhelm, "Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis", in Paulus/Diederichsen/ders. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag* (C.H.Beck, 1973), S. 845; Krüger(주 117), Rn. 24; Medicus/Petersen, *Bürgerliches Recht*, 28. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, 2021), S. 472 ff.; Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung: 2. Teilband* (Mohr Siebeck, 2016), S. 257 f. 독일 민법 제268조 소정의 법정대위의 법리와 일맥상통하면서도, 담보권이 수반하여 이전되지는 아니한다고 한다. 우리나라와 일본에서도 채권양도 유추적용설을 주장하는 견해들이 있다. 金炯錫(주 8), 358-359면; 渡邊力(주 11), 190号(2001), 189, 211-212頁; 齋田統(주 11), 8-9頁 참조.

600) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008다70435 판결: "원고가 피고 소유의 위 임야 위에 감나무…(중략)…를 심어 …(중략)… 위 임야에 부합함으로써 피고 소유의 위 임야는 이로 인하여 그 가치가 객관적으로 상승한 사실, …(중략)… 위와 같은 이익이 피고의 위 임야 이용 등에 관한 재산적 계획에 반하는 등으로 피고 개인에게는 주관적으로 아무런 가치가 없어서 그 이득이 그에게 강요된 것이라고는 인정되지 아니하는 사실…(중략)…을 알 수 있다. 따라서 …(중략)… 피고에게 반환하여야 할 이익이 없다거나 소멸하였다는 취지의 피고 주장은 받아들일 수 없다." 밑줄은 필자의 것이다.

나. 구상을 부정 또는 제한할지 여부

전술한 다수설과 최근 독일의 채권양도 유추적용설은 결국 구상을 '금지'할 것인가 혹은 '제한'할 것인가의 문제이다. 즉, 다수설에 의하면 주관적 이득이 없는 때에는 구상 자체가 불가능한 반면, 채권양도 유추적용설에 의하면 구상 자체는 가능하나 다만 채무자의 항변권의 제한을 받을 뿐이다.

생각건대 다수설이 주장하는 '주관적 이득'이란 극히 모호한 개념으로서 기준으로서 작용하기 힘들고(무엇보다 수익자가 '거절'을 한 급부가 수익자에게 '주관적'으로 이득이 될 여지가 있다고 보는 것부터 모순이다), 제747조 소정의 가액반환은 일반적으로 객관설에 따라 이해되는데[602] 강요된 이득 사안에서만 일종의 주관설을 택하게 된다는 점에서 이론적 일관성이 결여된다는 문제가 있다. 나아가 다수설과 같은 입장은 반의사보증인의 구상에 관한 우리 민법의 태도와도 어울리지 못한다. 제441조가 수탁보증인의 구상 요건으로 무과실을 요하고 있는 것과 달리, 무수탁·반의사보증인의 구상에 관한 제444조는 무과실을 요건으로 하고 있지 아니하다. 따라서 수탁보증인의 경우 주채무자의 항변권을 원용하지 아니한 채 변제에 나아간 경우 구상이 불가해지는 반면, 무수탁·반의사보증인의 경우에도 같은 설명이 적용될 수 있는지가 문제된다. 긍정하는 견해도 있으나,[603] 다수설은 수탁보증인에게 무과실이 요구되는 것은 수임인인 보증인의 선관주의 의무에서 기인하는 것이므로, 위임관계가 없는 무수탁·반의사보증인의 사례에는 적용될 수 없고 주채무자로서는 보증인을 상대로 손해배상을 구할 수 있을 뿐이라고 한다.[604]

---

601) 서울고등법원 2012. 1. 18. 선고 2009나66558 판결.

602) 金亨培(주 124), 216-217면.

603) 郭潤直 編(주 452), 345면(朴炳大 執筆部分).

604) 김용덕 편(주 506), 258면(손철우 집필부분).

이처럼 무수탁·반의사보증인의 사례에 비추어 볼 때, 이해관계 없는 제3자의 변제로 인하여 채무자가 항변권을 상실하게 되더라도 구상을 '금지' 할 수는 없다고 보아야 한다.[605]

따라서 제3자의 구상을 '적극적으로 금지' 하는 것이 아니라, 채무자의 항변을 보장함으로써 제3자의 구상을 '소극적으로 제한' 함이 상당하다. 그리고 이러한 이론구성은 채권양도 유추적용설에 의할 때 가장 쉽게 풀이될 수 있다.[606] 채무자의 입장에서 제3자 변제로 인한 기존 채권의 상대적 소멸은 채권자의 변경을 가져올 뿐이므로, 채권양도와 유사하다.[607] 그런데 제451조 제2항은 채무자가 채권양도의 통지를 받기 이전까지의 사유로 채권양수인에게 대항할 수 있음을 규정한다.[608] 이를 이해관계 없는 제3자 변제 사안에 유추적용하여 보면, 채무자는 구상 통지를 받기 이전까지의 사유로 구상권자인 제3자에게 대항할 수 있게 된다.[609] 예컨대 채무자가 변제기 미도래의 항변을 하고 있는 도중에 이해관계 없는 제3자의 변제가 일어났다면 채무자는 변제기 도래 시까지 제3자의 구상에 대항할 수 있고, 채무자가 제3자의 변제 사실을 알지 못한 채 채권자에게 변제하였다면 자신의 변제의 유효를 주장할 수도 있는 것이다.[610]

---

605) 참고로 일본 판례 중 大判昭和9(1934)年9月29日·法律新聞3756號7頁 (昭和9年(オ)第1024號) 은 제3자의 기한 전 변제도 채무자의 의사에 반하지 아니하는 한 사무관리에 해당한다고 판시한 바 있다.

606) 다수설 또한 구상부당이득 사안에서 채무자가 채권자에 대한 항변권을 제3자를 상대로 행사할 수 있다는 점에 반대하지는 아니하는 것으로 보인다. 예컨대 金亨培(주 124), 237-238, 279면.

607) 金炯錫(주 8), 358면.

608) 이때 대항사유란 협의의 항변권에 한하지 아니하고 널리 채권의 성립, 존속, 행사를 저지·배척하는 사유를 포함한다. 대법원 1997. 5. 30. 선고 96다22648 판결 참조.

609) 전술한 '채무자의 반대에도 불구하고 채무자의 이익을 위하여 변제한 경우' 에는 이러한 '대항' 의 문제가 현실적으로 발생할 수 없다. 후술하듯, 예컨대 채무자가 변제기 미도래 또는 동시이행의 항변을 하고 있는 상황에서 제3자가 구태여 변제를 강행한 후 채무자에게 구상을 시도한다면, 그 자체로 이미 제3자에게는 채무자의 이익을 위한다는 타인사무관리의사가 결여된 것이기 때문이다.

채권양도 유추적용설은 동시이행의 항변과 관련하여 특히 중요한 역할을 수행할 수 있다. 실생활에서 변제의 거부는 동시이행의 항변을 통한 담보적 기능을 강화하는 수단이다. 이는 다시 말해서 제3자가 동시이행의 항변 중인 채무자의 채무를 변제해버릴 경우, 채무자는 채권자에 대한 강력한 항변권을 상실하게 됨을 뜻한다. 예컨대 도급건축물에 하자가 있어 수급인의 보수지급청구에 대하여 도급인이 하자보수 및 손해배상 전까지는 보수를 지급할 수 없다고 항변하고 있는데 제3자가 갑작스럽게 도급인의 반대에도 불구하고 수급인에게 보수를 지급한다면, 도급인은 하자보수 및 손해배상을 받을 수 있는 가장 강력한 무기를 상실하는 셈이다.

그렇다고 하여 채무자가 동시이행의 항변 중이라고 해서 이해관계 없는 제3자의 변제를 무조건 금지하는 것 또한 부당하다. 무릇 동시이행의 항변권은 공평의 관념과 신의성실의 원칙상 서로 대가적 의미를 지녀 이행상 견련관계에 있는 채무 간에 널리 인정되는 것으로서, 쌍무계약상 채무는 동시이행관계에 있는 것이 일반적이다.[611] 즉, 채무자가 동시이행의 항변 중에 있다고 하여 이해관계 없는 제3자의 변제를 일률적으로 금지하는 것은 실질적으로 이해관계 없는 제3자 변제를 원천 금지하는 것에 다름 아니게 된다.

이 딜레마는 채권양도 유추적용설에 의하여 해결할 수 있다. 채권양도 유추적용설에 의하면, 제3자의 보수지급으로 도급인이 수급인에 대한 동시이행의 항변권을 상실함은 자명하나, 이는 어디까지나 '상대적 소멸'이다. 즉, 수급인에 대한 관계에서만 상실할 뿐, 도급인은 새로운 채권자와 유사한 지위에 있는 제3자를 상대로 동시이행의 항변권을 갖는 것이다. 따라서 채무자인 도급인은 수급인으로부터 하자를 보수받기 전

610) 金炯錫(주 8), 358-359면.

611) 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30927 판결.

까지 제3자의 구상 및 변제자대위를 거절할 수 있고,[612] 그 결과 이해관계 없는 제3자가 구태여 무리하게 변제를 강행할 가능성은 거의 없다 보아도 무방할 것이다.[613]

그렇다면 변제자대위는 제한할 수 있는가? 이 또한 긍정할 것이다. 우선 무엇보다 위와 같이 구상권을 행사할 수 없는 상황에서, 구상권을 전제로 한 변제자대위권의 행사를 상정하기 어렵다. 나아가 변제자대위의 본질에 관하여 우리나라의 통설과 판례는 채권이전설을 택하고 있으며,[614] 임의대위에 관한 제480조 제2항은 채권양도에 관한 제450조 내지 제452조의 규정을 준용하고 있다. 따라서 가사 구상권과 별개로 제3자의 변제자대위권 행사를 긍정하더라도, 제451조 제2항에 따라 채무자는 제3자를 상대로 구상권 사안에서와 동일하게 대항할 수 있을 것이다.[615]

채권양도 유추적용설에 의하면 항변권의 보장뿐 아니라 기존 채무와의 동일성이 유지된다는 측면에서도 가혹한 구상은 방지되게 된다. 예컨대 전술한 바와 같이 시효완성일을 하루 남긴 상황에서 제3자가 변제를

612) 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다80945 판결은 수급인이 도급인에 대한 공사대금채권을 양도하고 그 양도통지를 한 후에 도급인의 수급인에 대한 하자보수보증금채권이 발생한 사안에서, 도급인은 양수인에게 하자보수보증금채권을 가지고 양수인의 공사대금지급청구에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다고 본 바 있다.

613) 특히 동시이행의 항변과 관련하여 학설과 판례(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결; 대법원 2015. 4. 9. 선고 2014다80945 판결 등)는 일치하여 제451조 제2항을 완화 적용함으로써, 채무자가 채권양도 통지 이후에 동시이행의 항변권을 취득한다 하더라도 그 기초되는 법률관계가 통지 이전에 있었다면 이로써 채권양수인에게 대항할 수 있다는 입장인바(同旨: 2014년 법무부안 제451조의2 제2항, 제498조 단서), 채무자는 사실상 임의대위의 통지 선후와 무관하게 채권자의 채무와의 동시이행의 항변으로써 변제를 강행한 제3자의 구상권 행사에 대항할 수 있을 것이다.

614) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다208378 판결; 郭潤直(주 59), 263면; 金基善(주 59), 298면; 김대정・최창렬(주 34), 427-428면; 김상용(주 46), 452면; 金容漢(주 34), 539면; 金疇洙(주 8), 467면; 金曾漢・金學東(주 61), 364-365면; 金亨培(주 60), 702면; 송덕수(주 33), 459면; 양창수・김재형(주 23), 349면; 李太載(주 63), 281면; 李好珽(주 59), 179면; 池元林(주 113), 990면; 黃迪仁(주 34), 213면.

615) 郭潤直 編(주 28), 121면(金大彙 執筆部分).

강행한 경우, 제3자의 구상권의 시효기간은 동일하게 유지되며 이미 도과한 기간 역시 그대로 산입될 것이다.[616][617] 또한 자연채무를 제3자가 변제하였다면 구상권에도 소구력이 없을 것이므로, 채무자는 구상채무의 이행을 거절할 수 있게 된다.

Ⅲ. 소결

1. '가혹한' 구상의 당연 제한

요컨대 변제를 한 제3자에게 자신의 이익을 위한 의도와 더불어 타인사무관리의 의사가 있다면, 본인인 채무자의 의사와 무관하게 입법자의 결단에 따라 제739조 제3항이 적용되어 채무자의 '현존이익의 한도' 내에서 부당이득반환청구권과 변제자대위권이 발생하게 된다. 반면 제3자에게 타인사무관리의사가 애초에 없었다면(즉, 가혹한 구상의 의도가 있었다면), 사무관리나 준사무관리는 불성립하고 구상부당이득반환청구

616) 다만 채권양도 법리를 유추적용하는 것은 어디까지나 이익형량에 따라 구상권자의 피해를 수반하는 예외임을 감안할 때, 타인사무관리의사가 있는 때에는 원칙으로 돌아가 구상권의 기산점은 구상권이 발생한 때로, 시효기간은 10년으로 보아야 할 것이다. 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다32958 판결 참조.

617) 물론 채무자 입장에서는 기존 채권자가 권리 위에 잠자고 있던 상황에서 채무가 소멸할 것이라는 기대를 갑작스럽게 상실하게 된다는 점에서, 항변권을 행사할 수 있게 된다 할지라도 손해를 입게 될 여지가 있음은 부정할 수 없는 사실이다. 다만 제3자가 채무자의 의사에 반하여 제3자 자신의 이익을 위하여 대신 변제하는 것은 채무자의 지배권을 부당하게 간섭·침해하는 것이므로, 이 경우 채무자는 제3자를 상대로 불법행위를 원인으로 하는 손해배상채권을 취득한다. 金亨培(주 124), 10, 51, 54면 참조. 한편 불법행위를 원인으로 하는 손해배상채권은 불법행위 시에 발생함과 동시에 변제기에 도달하는바(대법원 1997. 10. 28. 선고 97다26043 판결 등 참조), 채무자의 제3자에 대한 위 손해배상채권은 제3자가 대신 변제를 할 때 성립함과 동시에 이행기가 도래한다. 반면 제3자의 변제 사실, 즉 구상권의 발생 사실에 대한 기존 채권자의 통지는 필연적으로 제3자의 변제 이후에 있게 된다. 따라서 제451조 제2항의 통지 시점에 채무자는 그와 동시에 또는 그 이전에 이미 제3자에 대한 손해배상채권을 취득하므로, 이를 자동채권으로 삼아 제3자의 구상권을 수동채권으로 하는 상계 또한 가능할 것이고, 결과적으로 손해는 없을 것이다.

를 하더라도 채무자의 항변권에 의한 제한을 받게 될 것이다. 아울러 이해관계 없는 제3자의 변제의 경우에는 통상적으로 채권자가 그 제3자의 "이해관계"를 인식하지 못할 가능성이 크므로, 이 경우에 채무자는 "선의의 수익자"로서 제748조 제1항의 적용을 받게 될 것이다. 이는 제469조 제2항을 삭제하여 이해관계 없는 제3자의 변제를 자유롭게 허용할 경우, '구상'의 문제는 발생하지만 '가혹한 구상'의 문제는 법리상 충분히 제한될 수 있음을 보여준다.[618]

2. 제469조 제2항 삭제 시 예상되는 사안별 구상의 범위

제469조 제2항의 삭제로 이해관계 없는 제3자의 채무자의 의사에 반하는 변제가 허용될 경우, 사안별 구상 범위는 아래와 같게 될 것이다.

〈표 3〉 제469조 제2항 삭제 시 채무자의 의사 및 제3자의 이해관계 유무에 따른 예상 구상 범위

<table>
<tr><th>제3자
채무자</th><th>이해관계 있음</th><th colspan="2">이해관계 없음</th></tr>
<tr><td>위임</td><td>변제액 + 이자
(제688조 제1항)</td><td colspan="2">변제액 + 이자
(제688조 제1항)</td></tr>
<tr><td>사전 · 사후 승낙</td><td>변제액 + 이자
(제739조 제1항)</td><td colspan="2">변제액 + 이자
(제739조 제1항)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">반대</td><td rowspan="2">변제액 + 이자
(제748조 제2항)</td><td>사무관리의사
있음</td><td>현존이익 한도
(제739조 제3항)</td></tr>
<tr><td>사무관리의사
없음</td><td>현존이익 한도
(제748조 제1항)
+ 항변권 존속
(제451조 제2항 유추)</td></tr>
</table>

① 우선 채무자가 제3자의 변제를 위임하였거나 사전·사후적으로 승낙한 때에는, 제3자의 이해관계 유무를 불문하고 변제액에 이자를 더한 금액을 상환하여야 한다.

618) 同旨: 법무부 법무심의관실(주 80), 185면 중 송호영 위원의 발언.

채무자의 위임이 있는 때에는 제3자는 수임인에 해당하므로, 제688조 제1항에 따라 변제액(필요비)과 변제일 이후의 이자를 청구할 수 있다. 제3자로서는 채무자의 위탁이 없었다면 변제에 제공한 재화를 제3자 변제 이외에 이용함으로써 그 기간 동안 법정이자를 얻을 가능성이 있었다는 점을 감안하면, 제688조 제1항을 적용하는 것은 구체적 타당성의 측면에 있어서도 합리적이다.[619]

채무자가 위임까지는 아니지만 제3자의 변제를 승낙하였다면, 제3자는 사무관리자로서 제739조 제1항이 적용된다. 제739조 제1항은 제688조 제1항을 준용하지는 아니하나, 위임과의 유사성[620] 및 외국의 입법례[621]를 감안할 때 사무관리자는 이자도 함께 청구할 수 있다고 보아야 한다.

이처럼 위임 내지 사무관리가 성립하지만 채무자가 채권자를 상대로 항변권을 갖고 있었다면 어떠한가? 생각건대 제3자가 이를 알지 못한 상황에서 선량한 관리자의 주의의무로 변제한 것이라면,[622] 구상에는 문제가 없을 것이다(제681조, 제735조 참조).[623]

② 채무자가 반대 의사를 표한 경우에는 보다 정밀한 접근을 요한다. 우선 제3자가 "이해관계"가 있다면, 채무자는 제748조 제2항의 "악의의 수익자"로 보아야 한다. 채무자는 제3자가 변제를 하지 아니할 수 없는 상황이라는 점을 통상적으로 알 수밖에 없기 때문이다.[624] 따라서 제3자는 변제액(채무자가 받은 이익)에 이자를 덧붙여 청구할 수 있다.

---

619) 渡邊力(주 11), 190号(2001), 209, 211頁.

620) 郭潤直 編(주 261), 82면(崔秉祚 執筆部分).

621) 스위스 채무법 제422조 제1항, 이탈리아 민법 제2031조 제1항 참조. 관련하여 우리 판례는 없으나, 다만 일본 판례의 경우 부정설을 지속하여 택하고 있다. 大判明治41(1908)年6月15日・民錄14輯723頁（明治41年(オ)第4號） 등 참조.

622) 사무관리자는 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다. 金龍潭 編(주 262), 348면(崔秀貞 執筆部分) 참조.

623) 齋田統(주 11), 4頁.

624) 渡邊力(주 11), 190号(2001), 210頁.

반면 제3자가 이해관계가 없을 경우에는, 전술한 바와 같이 제3자에게 사무관리의사가 있는지 여부에 따라 결론이 달라진다. 사무관리의사가 있는 때에는 제739조 제3항에 따라 현존이익의 한도 내에서 변제액(필요비 또는 유익비)의 상환을 구할 수 있다. 그러나 사무관리의사가 없는 때에는 일반 부당이득 규정에 따라 채무자는 "선의의 수익자"가 되어 현존이익의 한도 내에서 변제액을 상환하면 족하고, 아울러 채권양도에 관한 제451조 제2항이 유추적용 되어 종래 채권자를 상대로 가졌던 항변권을 그대로 행사할 수 있게 된다. 이와 같이 기본적인 구상의 범위를 현존한도로 제한하는 것은, 구 보아소나드 민법 제454조 제4항이 의사에 반하는 변제의 경우 구상일 기준의 유익한도 내에서만 구상이 가능하도록 한 것과 일맥상통하기도 한다.

따라서 현행 제469조 제2항과 같이 채무자가 반대한다고 하여 이해관계 없는 제3자의 변제 자체를 금지할 필요는 없고, 이해관계 유무와 무관하게 채무자의 의사에 반하는 제3자 변제를 자유롭게 허용해도 무방할 것이다.

제3절 쟁점 2: 채무자의 의사에 반하여 변제한 이해관계 없는 제3자의 임의대위

Ⅰ. 구상권의 부정 여부

1. 일본과 한국의 민법개정 과정에서의 논의

일본 법무성 법제심의회 민법(채권관계)부회에서 처음 논의한 개정안에서는 이해관계 없는 제3자의 변제도 자유롭게 허용하되, 다만 채무자

가 반대할 때에는 구상권을 제한하는 방식을 택하고자 하였다. 이는 2006년부터 2009년까지 활동한 일본 민법(채권법)개정검토위원회의 방침을 계승한 것으로서,[625] 제3자 변제의 무효화로 인한 피해를 최소화하면서도, 가혹한 구상을 방지한다는 목적을 직관적으로 추구한 것이었다.[626] 이는 근본적으로 가족지간이나 친한 친구와 같은 사실상 이해관계 있는 제3자가 대신 변제할 경우, 자체적으로 자신들끼리 상환에 관한 협의를

625) 법무부 역(주 249), 306면. 방침을 요약하자면 아래와 같다. 民法（債権法）改正検討委員会第5準備会(주 249), 6頁 참조.

〈표 4〉 일본 민법(채권법)개정검토위원회의 방침상 제3자에 의한 변제의 효력과 구상과 변제자대위의 관계

채무의 성질 또는 당사자의 의사표시	변제자가 변제할 정당한 이익을	변제가 채무자의 의사에	효과
채무의 성질이 제3자 변제를 허용하지 아니하는 경우가 아님 + 당사자가 제3자 변제를 할 수 없다는 취지의 의사표시를 하지 아니함	가짐	반하는지 여부 불문함	① 변제 유효 ② (일반법리상 구상권 있을 경우) 구상권 있음 ③ 변제자대위권 있음
	가지지 아니함	반하지 아니함	① 변제 유효 ② (일반법리상 구상권 있을 경우) 구상권 있음 ③ 변제자대위권 없음
		반함	① 변제 유효 ② 구상권 없음 ③ 변제자대위권 없음
채무의 성질이 제3자 변제를 허용하지 아니함	가지는지 여부 불문함	반하는지 여부 불문함	① 변제 무효 ② 구상권 없음 ③ 변제자대위권 없음
당사자가 제3자 변제를 할 수 없다는 취지의 의사표시를 함			

626) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 75頁 중 야마다 세이치 위원의 발언; 民法（債権法）改正検討委員会第5準備会(주 249), 4頁; 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **検討事項(5)詳細版**, 4頁; 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録**, 6頁 중 오카다 히로미 위원의 발언; 法制審議会民法（債権関係）部会(주 274), **第80回会議議事録**, 41頁 중 나카하라 토시아키 위원의 발언. 이러한 방향은 구 보아소나드 민법으로의 회귀에 가깝다고 할 수 있다. 법무부 법무심의관실(주 80), 29면 중 김대정 분과위원장의 발언 참조.

할 것이기에, 구태여 법정채권으로서 구상권을 부여할 필요는 없다는 사고에 터잡아 있었다.[627] 또한 구상권은 채무자 입장에서는 결론적으로 채권양도와 유사한 상황인데, "이해관계"가 사실상 채권양도금지특약과 같은 역할을 하는 이상 원칙적으로 구상권을 부정하는 것이 이치에 맞는다는 논거도 있었다.[628] 다만 이해관계 없는 제3자가 변제에 앞서 채권자와 반의사보증계약을 체결하는 방식으로 채무자에 대한 구상권을 취득할 여지는 열어놓았는데,[629] 과거 일본 민법(채권법)개정검토위원회의 방침 또한 보증의 경우 변제와는 달리 '계약'이라는 측면에서 채권자의 적극적인 관여가 있고, 위탁 유무를 불문하고 보증인은 보증채무를 변제할 책임이 있는 자로서 변제할 정당한 이익이 있다는 이유로,[630] 반의사보증인에 대하여는 구상권을 인정할 필요를 긍정한 바 있다.[631]

그러나 이에 관하여는 증여의 의사로 변제하는 것이 아닌 제3자들이 현실에서 분명 존재하고,[632] 사무관리 비용상환청구, 부당이득반환청구, 반의사보증인의 상환청구 등 민법상 다른 제도와의 정합성 측면에서 어긋나며,[633] 구상권을 원칙적으로 부정하고 예외적으로 긍정하기보다는 오히려 원칙적으로 긍정하되 당사자 간에 구상을 아니하기로 합의하는 때

---

627) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 4, 11頁 중 미야마 마사야 간사의 발언.

628) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 6頁 중 도가우치 히로토 간사의 발언.

629) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **検討事項(5)詳細版**, 4頁. 이는 우리 민법 또한 같다. 郭潤直 編(주 28), 115면(金大彙 執筆部分) 참조.

630) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 101-102頁 중 야마다 세이치 위원의 발언.

631) 법무부 역(주 249), 449-450면.

632) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 4頁 중 카노 나오코 간사의 발언.

633) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 5-6頁 중 카노 나오코 간사, 마츠오카 히사카즈 위원의 발언.

비로소 구상권을 부정하는 방식이 보다 자연스럽고,[634] 채권은 자유롭게 양도할 수 있음이 원칙이며,[635] 채권양도금지특약의 채권적 효력설에 의하면 더욱이 구상권을 부정할 이유는 없고,[636] 채권양도에서도 양도인과 양수인의 합의로 족하듯 제3자 변제에서도 채권자의 의사적 관여만 보장되면 족하다는 반박이 있었다.[637] 또한 반의사보증계약 체결을 통해 구상권을 취득할 수 있다고 하나, 채권자와의 반의사보증계약 체결 여부에 따라 구상권의 존부가 달라지는 것이야말로 비합리적이고,[638] 법적 지식이 없고 현실적으로 을(乙)의 지위에 있어 채권자와 보증계약을 체결하지 못할 일반인들만이 피해를 볼 것이며,[639] 보증계약의 체결을 계기로 이해관계 없는 제3자가 갑자기 변제할 정당한 이익이 있는 자가 되어 임의대위가 아닌 법정대위를 하게 되는 것을 지적하는 비판도 있었다.[640]

이러한 비판에 대한 방어로, 이해관계 없는 제3자의 구상을 금지한다는 것은 사무관리법이나 부당이득법에 기한 상환청구를 금지하는 것이 아니라, '제3자 변제를 이유로 한 특수한 상환청구권'이 없다는 것을 확인할 뿐이라는 주장도 있었으나,[641] 구태여 조문을 통하여 명시적으로

---

634) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 5-6頁 중 카노 나오코 간사, 마츠오카 히사카즈 위원의 발언.

635) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 6-7頁 중 카노 나오코 간사의 발언.

636) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 12頁 중 미카미 토오루 위원의 발언.

637) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 7頁 중 마츠모토 츠네오 위원의 발언.

638) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 8頁 중 야마모토 케이조 간사의 발언. 同旨: 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 101-102頁 중 도가우치 히로토 위원, 시세키 마사미츠 위원의 발언.

639) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 9-10頁 중 카노 나오코 간사의 발언.

640) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 31-32頁 중 미카미 토오루 위원의 발언.

구상권을 부정하는 이상 특별법 우선의 원칙에 따라 기타 사무관리법이나 부당이득법에 따른 상환청구도 모두 부정된다고 해석함이 불가피하다는 반박에 부딪혔다.[642]

이에 아예 독일 등의 예를 좇아 제3자의 변제의 효력을 채무자가 아닌 채권자로 하여금 결정할 수 있도록 개정하자는 의견도 있었으며,[643] 현행대로 유지하는 것이 바람직하다는 견해도 있었다.[644]

이러한 논란 끝에 결국 앞서 살핀 바와 같이 이해관계 없는 제3자가 채권자의 의사에 반하여 변제할 수 없도록 하되, 채무자의 의사에 반하여도 현재와 같이 변제를 못하도록 하는 것에서 합의점이 형성되었다.[645] 즉, 구상권의 제한 여부에 관하여는 명확한 결론을 내지는 못한 셈이다.

---

641) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 6頁 중 도가우치 히로토 간사의 발언.

642) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 7頁 중 카노 나오코 간사의 발언. 한편 오히려 특별법으로서 구상권을 부여하지 아니하는 효과가 발생하는 것이 맞는다는 주장도 있었다. 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 10頁 중 야마노메 아키오 간사의 발언. 과거 일본 민법(채권법)개정검토위원회 또한 이를 사무관리, 부당이득 등 일반법리상 제도의 특칙으로서 구상권이 애초에 발생하지 아니한다는 취지로 파악하였다. 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 76, 103頁 중 야마다 세이치 위원의 발언; 民法（債権法）改正検討委員会第5準備会(주 249), 5頁 참조.

643) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 12頁 중 마츠오카 히사카즈 위원의 발언.

644) 法制審議会民法（債権関係）部会, **法制審議会民法（債権関係）部会第47回会議議事録**, 平成24(2012)年5月22日, 15-16頁 중 오카 마사키 위원의 발언. 가토 마사노부(加藤雅信) 당시 조치대학 법과대학원 교수가 이끄는 민법개정연구회가 2009년 발간한 민법개정 국민・법조・학계 유지안 제378조 제2항 또한 자구수정에 그칠 뿐 기존 메이지 민법 제474조와 내용적으로는 동일하다. 民法改正研究会, **民法改正: 国民·法曹·学界有志案: 仮案の提示**(日本評論社, 2009), 171頁 참조.

645) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **論点の検討(11)**, 4頁; 法制審議会民法（債権関係）部会, **中間試案のたたき台(3)**, 平成25(2013)年1月15日, 民法（債権関係）部会資料55, 34頁.

전술한 일본에서의 이른바 구상권 부정안은 우리 민법개정 과정에서도 화제가 되었다. 다만 이에 찬성하는 의견은 전무하였다. 채무자가 반대하였다는 이유만으로 대신 변제를 하였음에도 구상권을 부정하는 것은 빈약한 근거로 일반 법리에 중대한 예외를 설정하는 것이고,[646] 정책적으로도 제3자의 일방적 희생을 강요함으로써 결과적으로 제3자 변제가 급감할 것으로 보이며,[647] 채무자가 제3자의 변제에 명백히 반대했음에도 '합의'에 따른 증여계약이 있었다고 의제하는 것은 모순이라는 이유 등이 제시되었다.[648]

2. 검토

우리나라에서도 제3자 변제를 널리 허용하되 구상권을 부정하는, 즉 채무를 절대적으로 소멸시키자는 주장이 실제로 있다. 구상권이 발생하지 않는다면 채무자 입장에서는 이득임이 명백하고, 제3자 입장에서는 비록 '경제적'으로는 손실이겠지만 증여를 통해서 제3자는 채무자와의 관계에서 무형의 대가, 관계 개선과 같은 '추상적 효용성'을 얻을 수 있으므로 그것이 사회 전체의 공리에 부합한다는 것을 근거로 한다.[649] 그러나 이러한 주장은 아래와 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가. 법경제적 손익의 관점

우선 '추상적 효용성'이 무엇을 의미하는 것인지 알 수 없다. 오히려 구상권을 인정할 때 변제한 제3자는 손해가 없고, 채무자는 원칙적으

646) 법무부 법무심의관실(주 80), 215, 377면 중 김대정 분과위원장, 윤철홍 위원의 발언 참조.

647) 법무부 법무심의관실(주 80), 216면 중 김대정 분과위원장, 송호영 위원, 황현주 위원의 발언 참조.

648) 법무부 법무심의관실(주 80), 213면 중 김대정 분과위원장의 발언 참조.

649) 가정준(주 3), 194면.

로 종전과 동일한 효용을 유지하며, 채권자는 변제를 받음으로써 파레토 최적(Pareto optimality)을 달성할 수 있다.

나아가 개별적인 제3자 변제 사례에서는 절대적 소멸이 관련자들의 이해관계의 총량을 증진할지 몰라도, 사회 전체의 일반적 관점에서 구상권의 부정은 곧 제3자 변제의 사멸로 귀결될 것인바,[650] 오히려 공리의 증진에 큰 장애물로 작용할 것이다. 채무의 최종적 부담자가 되면서까지 타인의 채무를 대신 변제하려는 제3자는 찾기 힘들기 때문이다.[651] 실제로 구상권을 부여하지 말 것을 주장하는 측에서조차 채무가 '상대적'으로 소멸할 경우 제3자가 일정한 급부를 제공할 유인이 있지만, '절대적'으로 소멸할 경우 제3자 변제는 "가족관계, 친구관계, 애정관계, 또는 장기협력관계와 같은 혈연관계 또는 친밀한 인간관계에서 발생하게 될 것"이라고 한다.[652] 이는 거래의 활성화라는 제3자 변제 확대의 취지와 맥락을 전혀 달리하는 논지로서, 마치 영미법계의 전통적 입장과 같이 제3자 변제를 "주제넘는 행동"으로 간주하여 제약하는 것에 다름 아니다.[653] 또한 혈연관계 또는 친밀한 인간관계의 경우에는 채무자가 제3자의 변제를 허용할 가능성이 높은바, 이러한 사고하에서는 구태여 개정을 할 필요도 없다. 아울러 제3자로서는 구상권을 갖기 위하여 현실적으로 변제에 앞서서 반드시 채무자의 의사를 확인하게 될 것이고,[654] 이는 제3자 변제에 있어서 요구되는 거래비용을 폭증시키게 될 것이다.

---

650) 김대정(주 3), 461면; 윤진수, "부당이득법의 경제적 분석", **서울대학교 法學**, 제55권 제3호(2014. 9), 117, 123면.

651) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 101頁 중 시세키 마사미츠 위원의 발언.

652) 가정준(주 3), 194-195면.

653) 윤진수(주 650), 123면.

654) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 103頁 중 야마다 세이치 위원의 발언.

나. 형사법적・행정법적・조세법적・법리적 관점

구상권을 무조건적으로 부정하는 것은 형사법적・행정법적・조세법적 관점에서도 문제의 소지가 있다.

우선 형사・행정법적으로 법에서 금지하는 "부정청탁"에 해당할 소지가 있다.[655] 전술한 바와 같이 구상권을 부정한다면 제3자가 채무자에게 증여를 하는 것이 된다. 그런데 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제8조 제1항, 제2항, 제3항 제3호는 공직자등이 금품등을 증여받는 것을 금지하고 있으며, 제22조 제1항 제1호 본문과 제23조 제5항 제1호 본문은 이에 위반한 자를 처벌하거나 과태료를 부과할 것을 규정하고 있다. 즉, 채무를 부담하고 있는 공직자등이 제3자의 변제를 거부하더라도 그 제3자가 이를 무시하고 변제한다면, 당해 공직자등은 의도치 않게 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률에 위반하게 되는 것이다.

물론 과실범은 처벌하지 아니하는 것이 형사법의 대원칙이고(형법 제14조), 과태료 부과 또한 고의 또는 과실을 요하며(질서위반행위규제법 제7조), 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제22조 제1항 제1호 단서, 제23조 제5항 제1호 단서는 동법 제9조 제1항, 제2항, 제6항에 따라 공직자등이 그 사실을 신고하거나 수수 금지 금품등을 반환・인도한 때에는[656] 처벌 및 과태료 부과의 대상에서 제외하도록 하고 있는 점을 감안할 때, 실제 형사처벌이나 행정상 제재처분의 우려는 크지 아니하다고 볼 여지도 없지 않다. 그러나 구상채무가 부존재하는 상황에서

---

655) 의사합치를 전제하는 뇌물수수죄(형법 제129조 제1항)는 불성립할 것이다. 김대휘・김신 편, **(주석)형법: 각칙(1)** 제5판(韓國司法行政學會, 2017), 430면(천대엽 집필부분).

656) 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제22조 제1항 제1호 단서, 제23조 제5항 제1호 단서는 "거부의 의사를 표시한" 경우 처벌 및 과태료 부과의 대상에서 제외하고 있으나, 이때 "거부의 의사"는 동법 제9조 제2항과의 체계적 해석상 공직자등이 수수 금지 금품등의 제공의 약속이나 의사표시를 받은 때 적용되는 것일 뿐, 이미 수수 금지 금품등을 받은 후에는 신고・반환・인도의무가 있을 뿐이다.

공직자등인 채무자가 변제한 제3자에게 ‘비채변제’를 한다는 것은 상상하기 힘들다는 측면에서 반환·인도는 현실적인 선택지가 아니므로 결국 공직자등으로서는 그 사실을 신고하여야 하는데, 이는 당해 공직자등의 근무평정에 불이익으로 작용할 소지가 있다.

조세법적으로는 증여세가 문제된다. 전술한 바와 같이, 제3자가 채무자의 채무를 대신 변제하였을 경우, 채무자에게 증여세를 부과할지 여부의 준거는 구상권의 존부이다. 즉, 구상권이 없다면 수증자인 채무자에게 증여세를 부과하지만, 구상권이 발생하였다면 증여라고 할 수 없어 과세를 아니한다. 그런데 위와 같이 제3자 변제 시 일률적으로 제3자의 구상권을 부정한다면 채무자는 무조건 증여세를 부과받게 되는데, 이것이 과연 채무자에게 이득이라고 할 수 있는지 의문이다.[657]

이론적 측면에서도 구상권을 부정하는 것은 수긍하기 어렵다. 제3자와 채무자 간 증여계약을 체결하였다는 등의 사정이 없는 한, 제3자는 채무자를 상대로 내부관계의 성격에 따라 위임, 사무관리, 부당이득법리에 따라 구상할 수 있어야 한다는 것이 민법의 일반원칙이다. 나아가 채무자의 반대의사에도 불구하고 제3자가 구상권을 포기하고 변제할 수 있도록 한다면, 이는 결국 수증자(채무자)의 승낙 없는 증여가 되어 제554조가 정하고 있는 증여의 ‘계약성’의 예외를 인정하는 것인데, 단독행위로서의 증여란 우리 민법이 알지 못하는 제도이다.[658] 아울러 제3자에게 증여의 의사가 없음에도 법률로써 이를 강제하는 것은 합리적 이유 없이 그 제3자의 재산권을 침해하는 것으로서 위헌의 의심 또한 면하기 어렵다.[659]

---

657) 同旨: 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 11頁 중 나스노 후토시 관계관의 발언.

658) 증여에 관하여는 “혜택은 강요될 수 없다(Beneficia non obtruduntur).”의 원칙에 따라 증여자와 수증자 간 의사합치를 요한다는 것이 고대 로마에서부터의 통설이다.

659) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 103頁 중 모리타 히로키 위원의 발언.

다. 소결

이처럼 제3자 변제 사안에서 구상권을 일제히 부정하는 것은 법정책적·법리적으로 그러할 필요도 없고, 그리하여서도 아니 된다.

다만, 전술한 논의에서 새겨들을 논점의 하나는, 보증채무·채권양도에서 채권자·양도인의 의사적 관여가 보장되는 것과 같이, 임의대위에 있어서도 채권자의 의사가 일응 반영되어야 한다는 것이다.[660] 물론 제3자 변제의 유무효 단계에서 채권자의 거절권이 보장된다면, 구태여 임의대위 단계에서까지 이를 논할 필요는 없다.[661] 그러나 제3자 변제의 유무효 단계에서 채권자의 의사적 관여가 불가하다면, 임의대위 단계에서라도 채권자에게 일응의 권리보호 수단을 부여할 필요가 있을 것이다.

Ⅱ. 임의대위의 허부 및 요건 완화 여부

1. 임의대위의 허부

가. 기존 논의

채무자가 반대하였음에도 제3자가 변제한 경우, 채무자에게 일응 이득이 되더라도 임의대위를 불허하여야 하는가?

이에 관하여 학계에서는 대체로 찬성하는 것으로 보인다.[662] 실제로 민법개정 논의 과정을 보면 분과위원회 내에서 임의대위 부정안에 반대하는 의견은 없었고,[663] 이후 실무위원회, 위원장단 회의, 전체회의에 이르기까지 이 부분에 관하여는 별다른 이견이 없었다.

---

660) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 8-10, 12頁 중 야마노메 아키오 간사, 오키노 마사미 간사, 마츠오카 히사카즈 위원의 발언.

661) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **第8回会議議事録,** 7頁 중 카마타 카오루 부회장의 발언; 法制審議会民法（債権関係）部会(주 644), 16頁 중 마츠오카 히사카즈 위원의 발언.

662) 윤진수(주 650), 124면.

663) 법무부 법무심의관실(주 80), 214-217, 377, 381면.

이처럼 여러 학자들이 이에 동조하는 것은 이러한 주장이 일종의 절충론이기 때문으로 보인다. 우선 제3자 변제의 효력 자체는 긍정하기에 채권자는 채권의 만족을 얻고 채권채무관계에서 자유로워질 수 있다.[664] 한편 제3자에게 구상권은 부여하면서도 변제자대위는 불허함으로써, 채무자와 제3자 간 사후적인 이익조정을 도모하는 동시에 남용 내지 가혹한 구상의 가능성은 획기적으로 낮출 수 있다. 나아가 수탁보증인과 무수탁보증인, 반의사보증인 간 구상에 차별을 두듯, 이해관계 없는 제3자의 경우에도 채무자의 의사에 반하는지 여부에 따라 일응의 차등을 둠으로써, 채무자의 의사를 어느 정도 존중하는 효과를 거둘 수 있는 측면도 있다.[665] 비교법적으로 많은 불법계 국가들이 이러한 방식을 택하고 있다는 점도 유인동기로 작용하였을 것으로 추정된다.

관련하여 앞서 일본 민법 개정 과정에서도 논의가 있었다. 크게 두 가지 개정론이 대립하였는데, A안은 아예 임의대위 제도를 폐지하자는 것이었고, B안은 역으로 채권자의 승낙 요건을 삭제함으로써 임의대위를 보다 용이하게 만들자는 제안이었다.[666] A안을 지지하는 측에서는 임의대위 제도가 없어도 변제자대위를 원한다면 채권자와 보증계약을 체결함으로써 법정대위권자가 될 수 있다고 주장한 반면,[667] B안은 변제를 수령하여 놓고 대위는 거부하는 것이 정당하지 못하다는 기존 학설의 논의를 반영한 것이었다.[668] 참고로 앞서 운영되었던 일본 민법(채권법)개정

---

664) 법무부 법무심의관실(주 80), 216면 중 송호영 위원, 황현주 위원의 발언 참조.

665) 법무부 법무심의관실(주 80), 216-217면 중 여미숙 위원의 발언 참조.

666) 당시 제1도쿄변호사회 내에서는 A안, B안과 더불어 현행유지 의견까지 총 세 가지 안이 비등했던 반면, 오사카변호사회에서는 B안이 압도적인 지지를 받았다. 法制審議会民法（債権関係）部会(주 644), 15-17頁 중 나카이 야스유키 위원, 오카 마사키 위원의 발언 참조.

667) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **検討事項(5)詳細版**, 27頁.

668) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 361), **検討事項(5)詳細版**, 28頁.

검토위원회의 경우 A안과 같은 방침을 제시하였는데,[669] 변제자대위와 구상은 사회경제적으로 동일한 이익을 실현하기 위하여 마련한 제도이므로, 만일 채무자의 의사에 반하여 대신 변제한 이해관계 없는 제3자의 구상권을 입법적으로 부정한다면 그와 공통된 기준인 이해관계의 유무에 따라 변제자대위의 가부를 결정하는 것이 합리적이고,[670] 나아가 당사자들이 채권자의 교체를 원한다면 채권양도를 통해서 같은 효과를 달성할 수 있기에 임의대위 제도를 폐지하더라도 특별한 사회경제적 불편은 없을 것이라는 이유 때문이었다.[671] 반면 민법개정연구회의 민법개정 국민・법조・학계 유지안 제394조는 내용적으로 B안에 가까웠다.[672]

결론적으로는 B안이 채택되었다.[673] A안에 대해서는, 제3자 변제를 활성화하면서 임의대위를 폐지하자는 것은 논리적 일관성이 없다는 점이 지적되었다.[674]

나. 검토

생각건대 법정대위나 채권양도와 구별되는 임의대위 제도는 유지되어야 할 것이다. 무엇보다 임의대위를 원천적으로 금지할 경우, 본래 취지와는 달리 이해관계 없는 제3자 변제 자체가 크게 위축될 것이다. 물론 임의대위까지 허용하게 될 경우 채무자의 반대 여부가 무의미해짐에 따른 우려 또한 이해하지 못할 바는 아니다. 그러나 변제자대위권은 본래

669) 법무부 역(주 249), 315-316면.

670) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 76頁 중 야마다 세이치 위원의 발언; 民法（債権法）改正検討委員会第5準備会(주 249), 4-5頁.

671) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 77頁 중 야마다 세이치 위원의 발언.

672) 民法改正研究会(주 644), 175頁.

673) 우리나라 또한 2011년 1월 11일자 법무부 제2기 민법개정위원회 제3분과위원회 제20차 회의에서 임의대위 제도를 존치하는 것으로 결론내린 바 있다.

674) 法制審議会民法（債権関係）部会(주 644), 15頁 중 마츠오카 히사카즈 위원의 발언.

구상권의 효력을 확보하기 위한 제도로서 대위에 의한 원채권 및 담보권의 행사 범위는 구상권의 범위로 한정되므로,[675] 임의대위를 허용한다고 하여 채무자의 지위에 큰 차이가 있을지 의문이다. 나아가 후술하듯 채무자로서는 법정대위와는 달리 채권자를 설득하는 방식으로 임의대위를 금할 수 있다는 점에서, 채무자는 얼마든지 자신의 의사에 반하여 변제를 강행한 제3자에게 일종의 불이익을 가할 수 있는바, 임의대위의 가능성을 열어놓는다는 이유만으로 채무자의 반대 의사가 무의미해진다고 비판하는 것은 온당치 못한 측면이 있다. 불법계 국가들에서 인정되는 채권자 주도의 합의대위에 비하여 우리 법상 임의대위는 채권양도 대항요건이라는 엄격한 요건을 요구한다는 점에서 더욱 그러하다.[676]

이론적으로는 임의대위 제도가 없더라도 제3자는 채권양도를 활용하거나 반의사보증인으로서 법정대위권자가 될 수 있다. 그러나 채권양도 형식에 의하려면 고대 로마법상 소권양도와 같이, 원칙적으로 채권이 제3자의 변제로 소멸하기 전에 채권자와 제3자 간 채권양도의 합의가 있어야 하고(이미 소멸한 채권에 대한 양도는 무효의 처분행위이기 때문이다[677]), 반의사보증인이 되기 위하여도 제3자는 변제를 하기에 앞서 채권자와 보증계약을 체결하여야 한다. 임의대위의 승낙은 변제와 "동시에" 할 수 있는 것에 반하여, 채권양도의 합의나 보증계약은 변제 '이전'에 해야 하는 것이다. 법에 익숙하지 아니한 사회평균인에게 변제에

675) 대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다270217 판결.

676) 메이지 민법 제정 당시 토미이 마사아키라는 채무자의 이중변제 방지, 공시수단 마련 등의 이유를 들며, 채권양도와 임의대위의 요건을 일치시킬 것을 주장하였다. 반면 요코타 쿠니오미(横田國臣)는 타인의 채무를 변제한 모든 제3자는 별도의 요건 없이 항상 법정대위를 할 수 있다고 주장하였다. 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 289, 294頁; 小川浩三(주 11), 434頁.

677) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다37426 판결; 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다52933 판결 참조.

앞서서 이러한 사전적 조치를 취할 것을 요구하는 것은 지나치다는 감상을 지울 수 없다. 아울러 채권양도의 '합의'나 보증계약에서의 '보증의 의사'는 사실상·법률상 엄격한 서면주의가 강제되고 있음에 반해(채권양도의 대항요건에 관하여 제450조 제2항, 보증의 방식에 관하여 제428조의2 제1항 각 참조), 임의대위의 "승낙"은 판례 법리상 사실상 추정되고 있다는 점에서, 제3자가 제도를 이용함에 있어서의 '난이도'는 현저히 다르다고 보아야 할 것이다. 특히 채권양도의 경우, 피담보채권의 양도가 있다고 하여 담보권도 무조건 수반하여 처분되는 것은 아니고[678] 담보권 이전의 합의가 있다고 하더라도 채권양도의 대항요건을 구비하는 것과 별개로 이전의 부기등기를 경료하여야 한다는 점에서(제186조),[679] 채권자의 승낙이 사실상 추정되고 담보권 이전의 부기등기도 원칙적으로 불요하는 임의대위와는 큰 차이가 있다(제187조 본문).[680]

그 외에도 임의대위를 금지할 경우에는 담보권 등이 이전하지 않고 소멸하게 되는데, 이후 제3자 변제가 어떠한 사유로 무효로 돌아가게 될 경우 그 사이에 다른 사람의 저당권 등이 설정되는 등으로 등기상 이해관계 있는 제3자가 생긴다면, 말소등기의 회복등기 등으로 인하여 법적

678) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결. 이는 우리 제361조가 독일 민법 제1153조나 스위스 채무법 제170조 제1항과는 달리, 같은 성립요건주의를 취하면서도 '저당권'의 분리 처분만 제한할 뿐 '피담보채권'의 분리 처분은 제한하고 있지 아니하기 때문이다. 자세한 것은 장병주, "저당권부채권의 처분과 저당권의 효력", **東亞法學**, 第91號(2021. 5), 105-110, 118-123면 참조.

679) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다77888 판결.

680) 김용덕 편(주 29), 282면(최형표 집필부분). 변제자대위의 본질에 관한 통설이 "채권양도설"이 아닌 "채권이전설"인 것도 이러한 이유 때문이다. 李太載(주 63), 281면. 프랑스에서도 이러한 특성에 주목하여 변제자대위와 채권양도는 다른 제도라고 파악한다. Terré(주 429), p.103. 참고로 메이지 민법 제정 당시 이소베 시로(磯部四郎)와 히지카타 야스시는 임의대위 없이 채권양도로 족하다고 하면서도, 법정대위에 관하여는 담보권이 당연 수반된다는 점에서 채권양도와 차별화되는 필요성을 인정하였다는 측면에서, 모순을 노정하였다고 볼 수 있다. 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 293, 299頁; 小川浩三(주 11), 434頁.

안정성에 큰 혼란이 초래될 것으로도 예상된다.[681]

따라서 구상권이 인정되는 이상, 변제자대위권의 발생이라는 '원칙'에 대하여 구태여 '예외'를 둘 것은 아니라고 본다.

2. 채권자 승낙 요건의 삭제 여부

이해관계 없는 제3자로부터 변제를 받은 채권자가 제3자의 임의대위를 거절할 수 있는가? 현행 제480조는 법문상으로는 이러한 거절권을 채권자에게 보장하고 있다. 그러나 전술하였듯 판례는 명시적 승낙이 없어도 변제 당시 제반사정에 비추어 채권자의 승낙은 추단될 수 있다고 보며,[682] 학설들은 채권자는 정당한 이유 없이 그 승낙을 거부할 수 없다고 주장하고 있다.[683] 따라서 실무상 현행 제480조 제1항의 "채권자의 승낙을 얻어" 부분은 사문화된 것에 가까워 보인다.

그러나 이는 현행 제469조에 의하여 (비록 채권자는 아니지만) 채무자의 의사적 관여가 변제 단계에서라도 인정되고 있다는 점에 터잡은 것으로 생각된다. 따라서 만일 이해관계 없는 제3자의 변제가 채권자와 채무자가 모두 반대함에도 불구하고 유효하게 된다면, 적어도 임의대위 단계에서만큼은 채권자나 채무자 중 일방의 의사적 관여를 보장할 필요가 있다. 당장 제3자 변제에 관하여 가장 관대한 태도를 보이는 것으로 인정되는 프랑스의 구 나폴레옹 민법 제1250조나 개정 프랑스 민법 제1346-1조와 제1346-2조도 이해관계 없는 제3자의 변제자대위의 요건으로 채권자 또는 채무자와의 "합의"를 요구하고 있다. 전술한 바와 같

681) 다만 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666,30673 판결에 따르면 회복등기에 대한 승낙청구가 불가능하다고 볼 여지도 있다. 그러나 그러한 경우에도 손해를 입는 자가 달라질 뿐, 법적 안정성에 해가 된다는 점에는 변함이 없다.

682) 대법원 2011. 4. 15.자 2010마1447 결정.

683) 김용덕 편(주 29), 281-282면(최형표 집필부분); 金容漢(주 34), 541면; 金疇洙(주 8), 469면; 池元林(주 113), 991면.

이 메이지 민법 제정 과정에서 구 보아소나드 민법상의 채무자 주도에 의한 임의대위가 채권자의 관여가 없어 비정상적이라는 비판 속에서 삭제되었다는 사실 또한 유념하여야 한다.

이러한 점을 감안하면, 현행 제480조에서 채권자의 승낙을 요하는 것은 변제수령을 원치 아니하는 채권자에게 보장된 최후의 수단이라고 선해할 수 있다. 예컨대 특정한 담보물을 탐내는 제3자가 채권자의 반대에도 불구하고 피담보채무를 대신 변제함으로써 당해 담보물을 취득하고자 할 경우, 채권자는 비록 변제의 수령을 거부할 수는 없지만 담보권의 이전은 거부할 수 있다. 이 경우 제3자로서는 대신 변제를 하더라도 본래의 부정한 목적을 달성할 수 없게 되는바, 결과적으로 제3자 변제에 나서지 않게 될 것이다.

채무자 입장에서도 채권자로 하여금 승낙을 거부하도록 요청함으로써 부당한 임의대위를 간접적으로 방지할 수 있다. 예컨대 오로지 가혹한 구상을 목적으로 제3자가 대신 변제할 경우, 채권양도 유추적용설에 의하면 동시이행의 항변권과 같은 별단의 항변권이 없는 한 채무자는 새로운 채권자인 제3자의 변제자대위권의 행사에 저항할 방법이 많지 않다. 그러나 임의대위 제도가 있다면 채무자는 제3자가 변제를 강행하기 이전에 채권자를 충분히 설득함으로써, 당해 제3자가 변제를 강행하더라도 자신에 대하여 임의대위를 하지 못하도록 방지할 수 있다. 그 과정에서 채무자는 채권자에게 자신의 변제력 등을 충분히 입증하여야 할 것이고, 이를 통해 채권자와 채무자 모두의 이익이 보호될 수 있을 것이다.

물론 제469조가 개정되더라도 대부분의 경우에는 채권자가 제3자의 변제를 수령한 후 임의대위만 거절하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 모순적 거동으로 인정될 것이다.[684] 그러나 "채권자의 승낙" 요건을

684) 참고로 우리 관습상 타인의 채무를 대신 변제한 제3자는 일반적인 의미에서의 변제

아예 삭제하게 된다면, 부정한 제3자가 대신 변제한 후 임의대위를 시도하는 예외적 경우에마저 채권자 및 채무자는 속수무책으로 이를 방관하여야 할 것이다. 따라서 채권자가 임의대위를 거부하는 때에는 중립적인 법원으로 하여금 제반사정을 살펴 그것이 신의성실의 원칙에 반하는지 여부를 판단할 여지를 남겨놓기 위하여서라도 현행 제480조는 그대로 유지하여야 한다. 채권자가 임의대위의 승낙을 거부할 수 있는 사유로는 예컨대 채권양도금지특약이 있는 때를 들 수 있을 것이다.[685] 이 경우 구상권 자체는 채권자의 의사와 무관하게 발생하므로 채권자가 이를 거부할 수는 없으나, 임의대위는 거부할 수 있고, 거부하여야 할 것이다.

제4절 기타 정책적 검토

Ⅰ. 제3자 변제의 위축 가능성

전술한 구상관계의 제한이 제3자 변제를 도리어 위축시킬 가능성은 없는지 의문이 제기될 수 있다. 만일 제3자 변제가 결과적으로 위축된다면, 이는 거래안전을 위하여 제3자 변제를 폭넓게 허용하자는 개정 취지에 근본적으로 어긋나게 되므로, 이는 매우 중요한 문제이다.

그러나 현실적으로 이러한 부작용은 발생하지 아니할 것으로 보인다.

자대위권은 없었으나, 만일 그 채무에 대하여 담보물이 있다면 그 담보물에 대하여는 자신의 구상권의 범위 내에서 채권자와 동일한 권리를 지녔고, 이는 변제할 정당한 이익의 존부를 막론하고 유효한 변제를 한 제3자라면 누구에게나 인정되었다고 한다. 정긍식 역(주 252), 259-260면 참조.

685) 채권양도금지특약에 관하여 채권적 효력설을 취할 경우에도 여전히 채권자는 특약의 당사자로서 그에 기속되는바, 만일 채권자가 특약에도 불구하고 임의대위를 승낙하여 양도가 이루어진다면 이는 특약의 불이행으로서 채권자는 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상채무를 부담하게 될 것이다.

왜냐하면 제3자가 ‘오로지 자기 자신만의 이익’을 추구하며 변제한 때에만 채무자의 항변권에 의한 제한을 받기 때문이다. 환언하자면, 가혹한 구상 등 제3자의 남용의사가 없는 때에는 이를 ‘자기 자신의 이익을 위한 의사와 타인사무관리의사가 병존하는 경우’로 보아, 제739조 제3항에 따른 부당이득반환청구권과 더불어 변제자대위권을 인정할 수 있게 된다. 따라서 본고가 주장하는 개정 방향은 채권자와 채무자, 제3자 모두에게 도움이 되는 방향으로의 개선(改善)이지 개악(改惡)이라고 평가할 수는 없다.

Ⅱ. 채무자의 직접 이행에 대하여 채권자가 갖는 신뢰의 법적 보호가치

꼭 일신전속적 급부가 아니더라도, ‘채무자로부터 직접 이행받고 싶다’는 채권자의 의사가 있다면, 이러한 채권자의 의사는 법적으로 보호가치 있는 신뢰 내지 기대이익인가? 우리 민법은 실제로 몇몇 경우에 채권자에게 채무를 이행하는 자에 대한 선택권을 부여하고 있다. 대표적인 예가 채무인수이다. 제454조는 채무자와 제3자 간 ‘면책적 채무인수’ 약정을 체결하였다고 하더라도 채권자의 승낙이 없는 한 효력이 없다고 규정하며, 이에 따라 판례는 채권자의 승낙이 없는 이상 채무인수약정은 채권자와의 대외적 관계에서는 어디까지나 ‘이행인수’에 그칠 뿐이라고 한다.[686]

그러나 채권자가 부담할 수 있는 잠재적 위험의 측면에서 면책적 채무인수와 제3자 변제는 동일선상에 있다고 할 수 없다. 면책적 채무인수 사안에서 채권자로서는 채무인수자가 실제로 변제의사와 능력이 있는지 확신할 수 없다. 반면 제3자 변제의 경우 변제와 동시에 제3자의 변제의사와 능력이 명백하게 드러나는바, 채권자로서는 자신의 채권을 만족받

686) 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다58599 판결.

지 못할 수 있다는 우려를 할 필요가 없다. 따라서 채무인수 사안에의 유비에는 한계가 있다.

그럼에도 다소 의문이 남는 것은 사실이다. 예컨대 이미 설립되어 활동 중인 재단법인이 저명한 인사로부터 출연을 받기로 증여계약을 체결하였는데, 갑자기 무명의 일반인이 대신 출연하겠다고 할 경우, 이를 회피하고자 하는 재단법인의 의사는 법률상 보호받을 가치가 없다고 할 수 있는가? 혹은 특정 최상급 여행사와 여행계약을 체결하였는데, 그보다 급이 낮은 여행사에서 정확히 같은 내용의 여행상품을 제공한다고 자처할 경우, 여행자는 이를 거부할 수 없는가?

1. 채권자와 채무자 간 합의를 통한 제3자 개입 금지 여부

이는 결국 채무자의 직접 이행에 관한 채권자의 기대가 법률상 보호가치 있는지의 문제로 귀결된다. 전술한 바와 같이 다수의 외국의 입법례는 이해관계 없는 제3자의 변제에 한하여, 채무자와 채권자 모두가 반대한다면 그 변제가 불가하도록 하는 구성을 택하고 있다. 그러나 이에 관하여는 법리적·법정책적 측면에서 의문이 든다.

우선 채권자와 채무자 간 특약으로 제3자 변제가 금지된다는 것은 계약에 채권법이 알지 못하는 대세적 효력을 인정하는 것에 다름 아니다. 전술한 바와 같이 현행 제469조 제1항 단서의 "당사자의 의사표시"는 "채무의 성질상 제한"과는 별개의 것으로서,[687] 채권자와 채무자 간 제3자 변제를 제한하기로 하는 약정을 체결하였다고 하여 채무의 성질 자체가 일신전속적 급부로 변한다고 할 수는 없다. 즉, 제3자 변제 금지 특약은 어디까지나 당해 특약의 당사자인 채권자와 채무자만을 구속한다

687) 현행 제469조 제1항 단서의 "당사자의 의사표시"는 이해관계 '있는' 제3자의 변제도 금지하는 사유라는 측면에서 전술한 외국의 입법례와는 맥락을 달리하지만, 채권자와 채무자 간 합의로 제3자의 변제를 금지한다는 측면에서는 동일선상에 있다.

고 보아야 한다. 그런데 현행 제469조 제1항 단서는 이에 물권과 같은 대세적 효력을 인정하고 있는바, 학설들은 공히 이를 비판하고 있다.[688]

유사한 맥락에서 바라볼 수 있는 것이 바로 채권양도금지특약의 효력이다. 현행 제449조 제2항은 채권양도금지특약의 이른바 '물권적 효력'을 인정하고 있다. 그러나 '계약은 당사자에게만 효력이 미친다'는 채권법의 기본원칙에 비추어 볼 때, 채권양도금지특약에 위반하더라도 채권양도는 유효하여야 한다는 입법론적 비판이 많다.[689] 실제로 일본 판례는 개정 전 우리의 제449조 제2항과 동일한 내용을 규정하고 있던 일본 민법 제466조 제2항의 '해석론'을 종전의 물권적 효력설에서 채권적 효력설로 전환하였고,[690] 우리 대법원의 태도도 최근 채권적 효력설로 상당히 기운 상태이다.[691] 입법론적으로도 2014년 법무부안은 제449조의2를 신설하여 "채권양도를 금지하거나 제한하는 약정은 그에 반하여 행해진 채권양도의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 다만, 양수인이 그 약정이 있음을 안 경우에는 양수인에게 대항할 수 있다."라고 규정함으로써 채권양도금지특약에 반하는 채권양도의 효력의 원칙과 예외를 뒤바꿔 채권적 효력설에 근접했으며,[692] 개정 일본 민법 제466조 제2항은 정면으로 채권적 효력설을 택하고 있다.[693]

---

688) 드물게 송덕수(주 33), 428면은 제1항의 제한은 제2항과 달리 사적자치의 취지에 부합하는 것으로서 정당하다고 한다.

689) 권영준(주 543), 68면.

690) 最判平成21(2009)年3月27日・民集63巻3号449頁（平成19年(受)第1280号）.

691) 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결 중 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 노정희의 반대의견 참조. 참고로 위 판결 중 다수의견도 입법으로 채권적 효력설을 택하는 것에는 반대하지 아니하였다.

692) 이러한 태도에 관하여 권영준(주 543), 68면은 제449조의2 단서가 '계약은 당사자에게만 효력을 미친다'는 채권법의 기본원칙에 대한 '예외'를 법률상 설정하는 것이라고 평한다.

693) 일본 민법 제466조(채권의 양도성) ② 당사자가 채권의 양도를 금지하거나 제한하는 취지의 의사표시(이하 "양도제한의 의사표시"라 한다)를 한 때에도 채권의 양도는

채무인수의 경우는 어떠한가? 전술한 바와 같이 채권자와의 계약에 의한 채무인수에 관한 현행 제453조는 제469조와 유사한 지점이 많다. 그러나 현행 제453조 제1항 단서는 제469조 제1항 단서와는 달리 채무의 성질상 제한만을 규정할 뿐, '당사자의 의사표시에 의한 채무인수의 제한'을 설정하고 있지 아니하다. 2014년 법무부안도 제453조에 관하여 제2항을 삭제하였을 뿐, 달리 채권자와 채무자의 합의에 의한 채무인수의 제한은 신설하지 아니하였다. 경개 또한 마찬가지이다. 앞서 살핀 바와 같이 현행 제501조 단서는 구채무자의 의사에 반하는 채무자변경을 부인하는데, 2014년 법무부안은 당해 단서를 그대로 삭제하였을 뿐이다.

이처럼 채권양도, 채무인수, 경개 등 유사한 이념에 터잡은 민법상 다른 제도 전반에서 채권자와 채무자 간 제3자의 관여를 제한하는 특약의 효력을 약화시키는 가운데, 제469조 개정에 있어서만 이를 강화 또는 존치하는 것은 모순이라는 비판을 면치 못할 것이다. 이에 관하여 전술한 바와 같이 제3자 변제 금지특약의 채권적 효력을 인정하는 이상, 채권자에게 변제수령 거절권이 없다면 채권자는 억울하게 특약 위반에 따른 채무불이행책임을 추궁당하게 될 우려가 있다는 주장도 있으나,[694] 제390조 단서는 채무불이행책임의 발생 요건으로 "채무자의 고의나 과실"을 요구하고 있음을 감안할 때 이는 기우에 불과하다고 생각된다.

2. 거래의 원활 · 안전의 관점에서

거래의 원활이라는 취지에 비추어도 채권자에게 절대적인 거절권을 부여하는 것은 타당하지 못하다. 물론 채권자는 경우에 따라서 채무자에 의한 직접이행을 고수하고 싶을 수 있다. 하지만 이러한 심리는 궁극적으로 볼 때 사회 전체의 효용은 물론, 채권자 본인에게도 유익하다고 할

그 효력을 방해받지 아니한다.

694) 법무부 법무심의관실(주 80), 380면 중 정병호 위원의 발언.

수 없다. 이해관계 없는 제3자가 변제한다는 것은 통상적으로 채무자의 변제의사 또는 변제능력이 부족하다는 것을 뜻한다. 그러한 상황에서 채권자가 이해관계 없는 제3자의 변제를 거부한다면 채권자로서는 채무자의 변제의사·능력의 회복을 무기한 기다려야 하고, 자신이 인식하지 못하는 사이에 수많은 다른 좋은 활동 기회를 놓치게 된다. 그리고 이러한 사례가 누적된다면 사회 전체적인 비용낭비가 극심하게 된다. 따라서 채무자에게 변제의사나 변제능력이 없을 경우, 채권자가 채무자에 연연하지 아니하고 제3자가 제공하는 변제를 수령하여 조속히 답보된 계약관계에서 자유로워질 수 있도록 유도(incentivize)하는 것이 법제도가 수행하여야 할 바람직한 역할이다(불법행위 손해배상채무 부분에서 후술하듯, 이는 비단 약정채권채무관계에 국한되는 것은 아니다). 그러한 점에서 제3자 변제 법제는 소멸시효 제도와 유사한 역할을 수행하여야 한다.[695]

이처럼 거래의 원활을 촉진함으로써 역설적으로 거래의 안전도 도모할 수 있다. 만일 채권자가 채무자와의 기존 계약관계에 얽매일 경우, 채무자가 채무를 이행하지 아니하면 채권자로서는 기약 없이 이행을 기다리거나 계약을 해제하고 원상회복 및 손해배상을 구할 수밖에 없다. 그러나 이때 제3자가 변제를 한다면, 가사 채권자가 이를 불원하였다 하더라도 결과적으로 볼 때 채무의 이행에 관한 채권자의 신뢰는 보호받게 되고, 계약해제에 따른 여러 사회적 비용이나 금전배상 시 있을 수 있는 과소배상 등의 우려도 발생하지 않게 되어 사회 전체적 효용도 증진된다. 변제의 주체는 다를지언정, 약속은 여전히 지켜지는 것이다.

---

695) 권영준, "소멸시효와 신의칙", **財産法硏究**, 第26卷 第1號(2009. 6), 11면: "불안정한 법률상태 또는 분쟁을 일정한 시기 내에 매듭을 지어주지 않으면 활동의 자유가 침해됨으로써 거래의 촉진이 저해된다. …(중략)… 각자가 더 큰 효용을 부여하는 재화나 용역의 교환을 통하여 더 큰 사회적 효용을 창출하는 것이 거래의 본질이라면, 이러한 거래축소는 사회적으로 바람직하지 못한 결과를 가져오게 된다."

보다 근본적으로는 채무자와 채권자의 합의를 통한 제3자 변제의 제한을 허용할 시, 실제로 득을 보는 것은 주로 권력관계에서 우위에 있는 채무자일 확률이 크다는 점을 잊어서는 아니 된다. 즉, 외견상으로는 당사자 간 제3자 변제를 금하기로 '합의'한 것으로 보여도, 실제로는 채무자가 채권자를 암묵적으로 강박한 결과물일 가능성을 배제할 수 없다. 사실 채권자가 제3자의 완전한 변제를 구태여 거부할 경우는 극히 드물 것이다. 전술한 여행계약의 사안의 경우 채권자로서는 불완전이행을 이유로 들어 변제의 수령을 거부할 수 있을 가능성이 높으며, 증여계약과 같은 사안은 극히 예외적인 경우에 해당한다. 반면 매일의 일상생활에서 이루어지는 제3자 변제의 압도적 다수는 금전채무에 관한 것으로서, 채권자는 그 만족을 얻는 것에만 관심이 있다. 이러한 상황에서 채권자와 채무자 간 합의를 통한 제3자 변제의 제한을 허용할 경우, 현실의 권력관계의 개입으로 인하여 합의의 이름으로 채권자의 일방적 희생이 강요될 우려가 있다. 협상력의 차이를 감안하면 이른바 '자율 패러다임'이 일보 후퇴하여야 하는 지점인 것이다.[696]

Ⅲ. 불법행위 손해배상채무의 제3자 변제의 당부

누군가가 불법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우, 그에 따른 손해배상채무를 제3자가 대신 변제하게 할 수 있는가? 피해자가 가해자로부터 직접 손해를 배상받고 싶어한다면, 이러한 피해자의 의사는 존중되어야 하는가?[697]

---

696) 권영준, "계약법의 사상적 기초와 그 시사점", **저스티스**, 通卷 第124號(2011. 6), 174면.

697) 금전채무인 불법행위 손해배상채무가 절대적 일신전속적 급부가 아님은 자명하다. 그러나 이른바 상대적 일신전속적 급부에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없으며, 불법계 일부 국가들과 같이 "채권자가 채무자가 직접 이행함에 관하여 이해관계를 갖는 때"로 표현을 확대한다면, 이에 해당한다고 볼 여지는 있을 것이다.

1. 불법행위 손해배상책임의 기능적 관점

가. 응보적 기능의 한계

이러한 의문은 이른바 불법행위 손해배상책임의 '응보적 기능'에 대한 오래된 통념에서 기원하는 것이다.

일반적으로 불법행위 손해배상책임의 기능으로는 '회복적 기능(Ausgleichsfunktion)', '예방적 기능(Präventionsfunktion)' 외에 '응보적 기능(Sanktionsfunktion)'도 있다고 일컬어진다.[698] 불법행위 손해배상 제도의 지도원리의 하나인 '유책주의'와 '고의·과실의 구별', '고의의 불법행위채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지(제496조)'[699] 등은 응보적 기능을 어느 정도 방증한다고 할 수 있으며, 고대 로마에서도 징벌금 소권의 경우 귀속상 일신전속성을 인정받은 바 있다.[700]

그러나 형사처벌과 민사상 손해배상책임이 분화된 이래 손해배상 제도의 취지 중 제재적 기능이 수행하는 비중은 현저히 낮아진 것이 사실이며, 민사상 손해배상책임을 통하여는 손해의 전보(塡補)[701] 또는 공평·타당한 분담[702]을 추구하고, 신원(伸冤)과 예방의 기능은 행정상 제재 또는 형사처벌을 통하여 도모한다는 이원론이 확립된 지 오래이다.[703] 따라서 민사책임에의 형벌적 요소의 가미를 정면으로 긍정하는

---

698) 권영준, "불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점", **저스티스**, 通卷 第109號(2009. 2), 76면.

699) 池元林(주 113), 1717-1718면.

700) 따라서 고대 로마에서 징벌금 소권은 피해자 측의 경우 상속이 가능했으나 가해자 측 책임은 쟁점결정(litis contestatio) 전까지는 상속이 되지 않는 것으로 받아들여졌으며, 징벌금 소권 중에서도 고의의 불법행위로 인한 침욕소권은 피해자 측도 상속할 수 없었다. D.47.10.13pr 참조.

701) 대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결 등.

702) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2006다64627 판결; 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다65710 판결 등.

703) 권영준(주 698), 84면; 金龍潭 編, **(註釋)民法: 債權各則(6)** 第4版(韓國司法行政學會, 2016), 65면(朴東瑱 執筆部分); 李銀榮(주 549), 724-725면.

것은, 적어도 징벌적 손해배상제도를 배제하고 귀책사유의 내용과 무관하게 손해배상을 명하는 독법계 전통에서는 민사책임법리의 퇴보에 다름 아니며,[704] 최근 미국이나 다른 유럽 국가들에서조차 불법행위법의 양대 목적은 회복과 예방이라고 여겨진다.[705]

나. 회복적・예방적 기능과의 조화

그렇다면 회복적・예방적 기능의 관점에서 제3자 변제는 허용하여야 하는가?

우선 회복적 기능에 주목한다면 제3자 변제가 확대되어야 함은 두말할 나위가 없다. 일반적으로 불법행위 제도의 최대 취약점으로는 과소보상의 문제가 꼽힌다. 피해자로서는 시간적, 비용적 부담 때문에 자신의 피해를 전보받을 권리를 포기하기도 하고, 설령 손해배상을 구하더라도 가해자의 무자력 앞에서 좌절하기도 한다.[706] 그렇기에 입법자는 각종 보험이나 공적 부조제도를 통하여 자력이 충분한 보험자 또는 국가 등이 "제3자"로서 손해를 1차적으로 배상할 수 있도록 하고 있으며,[707] 실무상 상당수의 책임보험금 청구는 상법 제724조 제2항에 따라 피해자가 보험자에게 직접 하는 형태로 이루어지고 있다.[708] 이는 제3자 변제를 널리 허용할수록 피해자의 손해에 대한 진정한 전보가 이루어질 수 있음을 보여주는 현상이다.[709]

---

704) 金龍潭 編(주 703), 65면(朴東瑱 執筆部分); 양창수・권영준(주 95), 622면.

705) 권영준(주 698), 76면.

706) 권영준(주 698), 89-90면.

707) 김상용(주 551), 599면은 "불법행위에 제재적 기능이 강조되었을 때에는, 불법행위로 인한 피해자의 손해는 가해자가 직접 배상하여야 하는 것으로 이해되었다. 그러나 책임보험의 출현으로 손해분담의 사회화 사상이 대두되어, 가해자와 불법행위로 인한 손해배상자가 달라지는 현상이 발생하여, 오늘날은 가해자와 손해배상자가 달라지는 것이 일반적인 현상으로 되었다."라고 한다.

708) 권영준(주 698), 90면.

반면 예방적 기능의 관점에서 제3자 변제를 확대하는 것에는 의문의 여지가 있을 수 있다. 전술한 '제재'의 기능이 예방에 일응 포함되어 있기 때문이다. 그러나 이는 가해자를 상대로 한 제3자의 사후구상이 확실히 이루어지도록 보장하면 해결할 수 있는 문제로서, 보험자대위를 규정하고 있는 상법 제682조는 그 좋은 예이다. 오히려 예방적 기능과 밀접한 연관이 있는 법경제학의 시각에서 제3자 변제는 그 진가를 발한다. 법경제학은 사고로 인하여 사회에 발생하는 비용의 총량을 최소화하는 것을 불법행위의 제1 목적으로 보는데, 이때 '비용'이라 함은 크게 사고발생 그 자체로 인한 1차적 사고비용, 사고로 인한 간접적 비용인 2차적 사고비용, 사고예방 및 처리에 요구되는 행정비용을 일컫는다. 손해배상에 드는 비용은 2차적 사고비용 및 행정비용에 속한다.[710] 그런데 전술한 바와 같이 제3자 변제의 허부의 강도와 무관하게, 사후구상을 두터이 보장하는 한 1차적 사고비용에는 변화가 없다 할 것이고, 결국 총비용을 최소화함에 있어서 관건은 2차적 사고비용과 행정비용을 줄이는 것이다. 이 지점이 바로 제3자 변제의 확대가 기여할 수 있는 부분이다.

---

709) 일제 강제징용 피해자의 손해배상 문제에 관하여 최근 외교부에서 유력하게 검토하고 있는 "중첩적 채무인수안(案)" 또한 궁극적으로는 이러한 사고에 터잡아 있는 것으로 평가받는다. 이론적으로 일본 측의 법적인 배상책임의 존재를 인정하되, 실제 배상의 이행은 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법 제37조에 따라 설립된 일제강제동원피해자지원재단을 통하여 하자는 것이다. 국내적으로 여러 논란이 있음에도 이러한 방안을 추진하는 이유로 외교부는 '상당수의 피해자가 고령인 관계로 시간적 여유가 없는 반면, 일본 기업들의 자발적인 사과 및 변제를 기대하기는 현실적으로 어렵고, 일본 기업들이 국내 자산을 철수하여 압류할 재산이 없어 집행불능 상태에 빠질 우려도 커, 조속하고 실질적인 피해자의 권리구제를 위하여는 이러한 방식이 불가피하다'는 점을 들고 있다. 자세한 것은 외교부, "강제징용 해법 논의를 위한 공개토론회", https://www.youtube.com/watch?v=vuY33_jJEuY (2023. 1. 31. 최종 확인) 중 서민정 외교부 아시아태평양국장의 발언 참조. 그간 정치권에서 논의되어왔던 이른바 "대위변제안"도 같은 취지이다.

710) 권영준(주 698), 77-79면.

2. 형사처벌에의 영향

불법행위 손해배상채무의 제3자 변제를 허용함에 따른 형사처벌에 대한 영향은 없는가?[711]

우선 제3자가 손해배상채무를 대신 이행하더라도, 피해자가 가해자인 피고인에 대한 처벌불원의사를 밝힐 의무는 전혀 없다. 손해배상금과 합의금은 그 근거와 취지를 전연 달리하는 별개의 채무이기 때문이다. 손해배상채무는 제750조 등에 의하여 발생하는 법정채무인 반면, 합의금은 화해계약상 채무이다(제732조 참조). 따라서 손해배상액의 크기는 객관적으로 결정되는 반면, 합의금 액수는 가해자와 피해자가 어떻게 합의하는지에 따라 다르다. 그렇기에 제3자가 가해자에 갈음하여 손해배상채무를 변제한다고 하여 피해자가 가해자와 합의해야 할 의무는 전혀 없다. 즉, 피해자로서는 제3자의 변제를 받으면서도 처벌불원의사를 밝히지 아니할 수 있는 것이다.[712]

---

711) 참고로 국가에 대한 벌금을 대납할 수 있는지에 관하여는 약간의 논란이 있다. 郭潤直 編(주 28), 110면(金大彙 執筆部分)은 국가에 대한 벌금이나 과태료와 같이, 위반자 개인에 대한 재산적 부담을 과하는 것이 징벌 목적상 필요한 경우에도 금전채무라는 특성에는 변함이 없으므로 제3자가 납부하는 것이 허용된다고 한다. 반면 김소영(주 15), 20면; 磯村哲 編(주 141), 61-62頁(奥田昌道 執筆部分)은 재산형도 어디까지나 형벌의 일환으로서, 자유형에서와 같이 제3자의 수형능력을 부정하여야 한다고 본다. 우리나라의 현재 실무상으로는 벌금 대납에 제한이 없으며, 벌금 대납이 가능함을 전제하는 판례들이 다수 존재한다. 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019도18122 판결; 서울고등법원 2001. 10. 11. 선고 2000나57469 판결 등 참조. 참고로 독일 판례는 과거에는 독일 내 통설적 견해에 따라 벌금의 본질이 범죄자의 재산을 감소시키는 데 있다고 보면서, 제3자가 증여의 의사로써 벌금을 대납하는 것은 형집행을 불능케 하는 것으로서 처벌방해죄(현 독일 형법 제258조 제2항)를 구성하는 반면(RGSt 30, 232, 235), 제3자가 대여의 의사로써 벌금을 대납하거나 대납 후 유죄판결을 받은 자에게 구상할 경우에는 처벌방해죄가 성립하지 아니한다는 입장이었다(BGHZ 23, 222, 224). 그러나 두 사례를 구별하는 것이 어렵고 타당하지도 않으며 금전채무로서의 성격이 우선한다는 비판 속에서, 이후 판례를 변경하여 현재는 제3자의 벌금 대납이 허용되고 그것이 처벌방해죄를 구성하지도 아니한다는 입장이다. BGHSt 37, 226 참조.

712) 한편 교통사고처리 특례법 제4조는, 교통사고처리특례법위반(치상) 중 중상해를 제

양형의 측면에서도 제3자의 변제는 아무런 영향을 끼치지 아니한다. 양형기준은 피고인에게 유리한 양형인자로 처벌불원, 진지한 반성, 상당 금액의 공탁 등을 들고 있다.[713] 제3자 변제가 이루어졌다고 하여 피해자가 처벌불원의사를 밝힐 필요는 없음은 전술한 바와 같으며, 제3자가 변제한 것을 피고인이 반성했다고 할 수 없음은 자명하다. 또한 실무상 형사공탁은 오직 피고인만 가능하며, 공탁법 제5조의2 제1항도 형사공탁의 주체를 "피고인"으로 명시하고 있다.[714]

요컨대 제3자 변제는 형사재판상 피고인에 대한 소추조건 구비 여부 및 양형에 하등의 영향을 끼치지 아니하는바, 이를 구태여 금지할 필요는 없다고 생각된다. 오히려 응보적 기능은 형사정의를 통하여 실현하고, 피해자로 하여금 조속히 피해에 대한 실질적인 구제를 받을 수 있도록 함으로써, 피해자가 과거의 일을 딛고 새로운 시작을 하도록 이끄는 것이 법제도의 역할이다.[715]

외한 것(교통사고처리 특례법 제3조 제1항)과 업무상과실 재물손괴로 인한 도로교통법위반(도로교통법 제151조)의 범행을 저지른 자에 대하여는, 교통사고 유발자가 동조 소정의 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 원칙적으로 공소를 제기할 수 없다는 특례를 규정하고 있는데, 이는 입법자가 정책적으로 회복적 기능을 예방적 기능에 우선한 것이라고 볼 여지가 있다.

713) 대표적인 예로 대법원 양형위원회, "성범죄 양형기준", https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp (2023. 1. 31. 최종 확인) 참조.

714) 공탁법 제5조의2(형사공탁의 특례) ① 형사사건의 피고인이 법령 등에 따라 피해자의 인적사항을 알 수 없는 경우에 그 피해자를 위하여 하는 변제공탁(이하 "형사공탁"이라 한다)은 해당 형사사건이 계속 중인 법원 소재지의 공탁소에 할 수 있다.

715) 유사한 맥락의 논의로, 유책배우자의 이혼청구 가부에 있어서 무의미한 혼인관계를 존속시킴으로써 응보 내지 사적 보복을 수행하기보다는, 상대방 배우자로 하여금 실효적인 손해배상을 받을 수 있도록 허용하는 것이 상당하다는 취지에서 파탄주의의 손을 들어준 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 중 대법관 민일영, 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 김소영의 반대의견에 유념할 만하다.

Ⅳ. 공탁사무에 미칠 영향

제3자 변제의 제한이 완화될 경우, 채권자의 수령거절에 따른 공탁 사례가 증가하여 공탁사무에 부담이 될 우려는 없는지 문제된다(제487조).

그러나 변제공탁 시 공탁자는 피공탁자 지정의무를 부담하고, 공탁관에게는 공탁서 기재에 관한 형식적 심사권만 인정되는바, 공탁서에는 피공탁자의 성명, 주소, 주민등록번호 등 상세한 인적사항을 기재할 것이 요구된다(공탁법 제4조, 공탁규칙 제20조 제2항 제5호). 즉, 제3자의 변제를 불원하는 채권자로서는 자신의 인적사항을 제3자에게 알려주지 아니함으로써 간접적으로 공탁을 거절할 수 있다. 이는 구 공탁법(2020. 12. 8. 법률 제17567호로 개정되기 전의 것)하에서 합의, 처벌불원, 양형감경을 불원하는 피해자가 자신의 인적사항을 알려주지 아니함으로써 피고인의 일방적인 형사공탁을 거절할 수 있었던 것과 유사하다.[716] 따라서 실질적으로 공탁사무에 미칠 영향은 크지 아니할 것으로 생각된다.

Ⅴ. 기타 채무자에게 손해가 발생할 가능성

1. 변제준비 등으로 인한 비용

서울에 거주하는 甲이 제주에 거주하는 乙과 사이에 甲이 갖고 있던 중고 하프를 乙에게 판매하는 내용의 매매계약을 체결하였다고 가정한다. 乙은 甲에게 대금으로 10을 지불하였는데, 하프의 가격은 4이고 운송비가 6이다. 대금을 수령한 甲은 乙에게 하프를 발송하였다. 한편 甲의 경쟁자로서 甲과 같은 시기에 하프를 구매하여 사용하였던 丙은 제주에 거주하고 있었는데, 甲과 乙 간의 매매계약의 내용을 알게 된 丙은 오로지 甲을 괴롭힐 목적으로 乙이 甲의 하프를 수령하기 이전에 먼저

716) 헌법재판소 2021. 8. 31. 선고 2019헌마516・586・768, 2020헌마411(병합) 결정은, 신설된 공탁법 제5조의2와 같은 규정을 둘지 여부는 입법형성재량의 영역이라고 판시하면서, 위와 같은 인적사항 기재의무의 기능을 입법목적의 하나로 포섭한 바 있다.

자신의 하프를 지급함으로써 甲의 채무를 대신 변제하였다. 이에 뒤늦게 甲의 하프를 수령한 乙은 이미 변제가 이루어졌다며 甲에게 이를 다시 가져갈 것을 요구했고, 그 결과 甲은 추가적인 운송비 6을 들여 이를 다시 서울로 가져왔다. 甲은 10을 얻고 12(=6+6)를 소비함으로써 결국 손해를 입게 된다. 이 경우 甲은 자신의 손해를 방지할 수 있는가?

이는 본래 채무면제를 단독행위로 구성하고 있는 현행 제506조상 발생할 수 있는 문제점으로 제시된 가상의 상황이다. 즉, 위 사례에서 乙이 甲의 하프를 수령하기 이전에 단순 변심으로 하프가 필요 없다고 하며 대금인 10은 그대로 갖고 있으라고 할 경우, 甲으로서는 乙의 채무면제에 저항할 수 없기에 손해를 면하기 힘들다는 것이다.[717] 현행 제469조 제2항을 삭제할 경우에는 위와 유사한 문제점이 (비록 그 가능성은 미약하지만) 발생할 소지가 있기에, 이에 관하여 검토하기로 한다.

이 경우 발송하는 데 든 운송비에 대하여 甲이 乙이나 丙을 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수는 없다. 왜냐하면 제473조 본문상 이러한 비용은 채무자가 부담함이 원칙이므로, 제750조에서 요구하는 인과관계가 없기 때문이다. 다만, 丙이 甲의 채무를 대신 변제함과 동시에 甲에 대한 채권자는 乙이 아닌 丙이 된다는 점에서 해결책을 찾을 수 있을 것이다. 즉, 乙이 甲의 하프를 수령하는 때 이미 乙은 더 이상 채권자가 아니고 丙이 새로운 채권자이다. 따라서 丙의 변제를 제473조 단서 소정의 "기타의 행위"로 보아, 丙의 변제 시점 이후에 소요된 모든 비용, 즉 발송하는 데 든 운송비의 일부와 반송하는 데 든 운송비에 대하여는 이를 새로운 채권자인 丙으로 하여금 부담하도록 할 수 있을 것이다.

---

717) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第7回) 議事録**, 103頁 중 야마다 세이치 위원의 발언; 民法（債権法）改正検討委員会第5準備会, **免除(参考資料)**, 2009年1月10日, 4頁.

2. 채무자의 감정적 소극손해

채무의 소멸은 채무자에게 언제나 이득인가? 특정 채무를 부담한다는 것 자체에 상당한 의미를 부여하는 때도 있기에 꼭 그렇다고 단정할 수 없다는 주장도 있다.[718] 예컨대 어떠한 자가 은행에서 거대한 돈을 빌렸다면 이는 당해 인물의 자력을 방증하는 측면이 있고,[719] 법학전문대학원생이 국내 유명 학회에서 발표를 해야 한다면 이는 당해 학생에게는 상당한 영광으로 다가올 수 있다. 그런데 만일 은행이 제3자에게서 변제를 받았다며 갚아야 할 빚이 더 이상 없다고 통보하거나, 학회가 다른 교수가 발표를 대신 해주었다며 학생에게 참석할 필요가 없다고 통보한다면, 이를 과연 채무자에게 이득이라고 할 수 있는가?

물론 전술한 사례들에서 아쉽거나 안타까운 기분이 들 수는 있겠으나, 이를 법적인 의미에서 법익(法益)에 대한 침해로서의 '손해'라고 할 것은 아니라고 생각된다. 나아가 제469조를 개정하는지 여부와 무관하게, 이러한 상황은 얼마든지 발생할 수 있다. 대표적으로 채권자인 은행이나 학회는 채무를 면제하는 방식으로 변제수령을 거부할 수 있다. 가사 제506조를 개정하여 채무면제를 계약으로 규정함으로써 은행이나 학회를 채권자지체 상태에 빠뜨린다고 하더라도, 법정책임설에 의하면 채무자는 자신의 책임을 면할 뿐 채권자의 책임을 적극적으로 추궁할 수는 없고, 채무불이행책임설에 의하더라도 '손해'를 논할 수 없어 손해배상을 청구할 수 없다는 결론에는 변함이 없다.[720]

---

718) 民法（債権法）改正検討委員会(주 249), **(第12回) 議事録**, 48頁 중 우치다 타카시 사무국장의 발언.

719) 법무부 법무심의관실(주 80), 176면 중 윤철홍 위원의 발언 참조.

720) 과거 의용민법 시행기의 대법원 1958. 5. 8. 선고 4290민상372 판결은 채무불이행책임설에 가까운 판시를 하였으나, 최근 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036 판결은 채권자지체의 성립에 채권자의 귀책사유는 요구되지 아니하고, 채권자지체 성립 시 그 효과로서 민법 규정에 따른 일정한 책임이 인정되는 것 외에 채무자가 채권자

3. 제3자 상계로 인한 피해 가능성

비록 우리 민법은 제3편 제1장 제6절에서 상계를 변제 등과 대등한 채권의 소멸사유로 규정하고 있지만,[721] 상계는 그 특유의 담보적·우선변제적 기능으로 인하여 항상 특별한 경계의 대상이 되어왔다.[722] 특정인에 대하여 채권을 갖는 자가, 그 특정인이 다른 사람에 대하여 갖는 채권을 수동채권으로 하여 상계하는 이른바 '제3자 상계'의 허부가 '제3자 변제'의 문제와는 다소 다른 차원에서 논해지는 이유 또한 이와 무관하지 아니하다.

제3자 상계의 허부에 관하여 다수설과 판례는 부정설의 입장이다. 제492조 제1항에서 규정하는 채권의 상호대립성 요건을 불충족하고, 채권자가 제3자에게서 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 될 뿐 아니라, 집행권원 없는 사실상의 전부명령의 효과를 허용함으로써 제3자가 채권자의 다른 채권자들에 우선하여 부당한 독점적 만족을 얻게 되고,[723] 제469조의 문리적·체계적·역사적 해석상 상계의 사안에 제469조를 (유추)적용할 수는 없기 때문이다.[724] 반면 독일 민법 제268조 제2항을 좇아 이해관계 있는 제3자에 한하여 상계를 허용하거나[725] 채무

에 대하여 일반적인 채무불이행책임과 마찬가지로 손해배상이나 계약해제를 주장할 수는 없음이 원칙이라고 판시함으로써, 법정책임설을 택한 것으로 평가된다.

721) 과거 부진정연대채무자 중 1인에 의한 상계는 변제, 대물변제, 공탁과는 달리 상대적 효력만 있다는 것이 판례의 입장이었으나, 대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결 이후로 현재는 절대적 효력이 인정되고 있다.

722) 지급금지명령을 받은 제3채무자의 상계의 허용범위에 관한 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결 중 대법관 양창수의 다수의견에 대한 보충의견; 사해행위취소 및 원상회복청구소송에서 취소채권자가 수익자·전득자로부터 직접 수령한 가액배상금에 대한 분배의무를 인정할 수 없다는 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다37837 판결 중 입법론적 방론 등 참조.

723) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결; 金炯錫(주 8), 344-346면.

724) 김서기, "상계권 행사의 가부(可否)에 관한 법형성", **法과 政策**, 第25輯 第3號 (2019. 12), 39-42면.

자가 반대하지 아니하는 때에는 이해관계 없는 제3자의 상계까지도 허용할 수 있다는 반대설도 있다.[726] 다만 채권자가 무자력 상태여서 제3자의 상계로 말미암아 채권자에 대한 다른 채권자들의 권리를 해할 우려가 있는 때에는 이를 금지해야 한다는 점에는 이견이 없다.

이처럼 제3자 상계의 허부 문제는 주로 채권자 및 채권자에 대한 다른 채권자들의 이해관계에 미치는 영향을 중심으로 논의가 이루어지고 있다. 그리고 이는 제469조 제2항의 존폐를 중심으로 하는 본고의 문제의식과는 거리가 있다. 다만, 만일 판례변경이나 법 개정으로 제3자의 상계를 허용하게 된다면, 그 경우 제3자의 이해관계 유무는 변수가 될 수 있는지, 즉 채무자가 해를 입을 우려는 없는지를 이하에서 간략히 살피고자 한다.

사실 채무자로서는 제3자가 어떠한 방법으로 채무를 소멸시키는지에 관하여는 일반적으로 무관심하다. 채무 소멸 이후의 상황은 제3자가 변제를 하든 상계를 하든 채무자 입장에서는 다를 것이 없기 때문이다. 그러나 채무자가 채권자에 대한 채권자일 때, 즉 채무자가 채권자를 상대로 자동채권을 갖는 상계권자일 때에는 제3자의 상계로 말미암아 채무자가 해를 입을 우려가 존재한다. 채무자로서는 상계를 통하여 채권을 만족받을 기회를 박탈당하기 때문이다.[727] 이러한 문제점은 아래 그림・표와 같이 채권자가 무자력일 때 극대화된다.

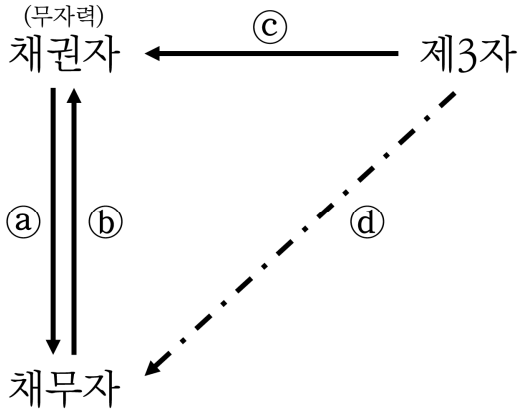
---

725) 金容漢(주 34), 516면; 金疇洙(주 8), 449면; 金亨培(주 60), 665면.

726) 이진기(주 3), 579면; 이호행, “상계와 제3자 II - 제3자의 상계권 행사와 제3자에 대한 상계권 행사 -”, **法學硏究**, 第24輯 第4號(2021. 12), 448-453면.

727) 이러한 이유 때문에 현행 제469조 제2항의 해석론과는 별개로 정책적 차원에서 채무자의 의사에 반하는 제3자의 상계는 금지해야 한다는 주장도 있다. 이진기(주 3), 579면; 이호행(주 726), 449-450면 참조.

〈그림 2〉 채무자가 상계적상인 상황에서 제3자 상계 시의 상황



〈표 5〉 채무자가 상계적상인 상황에서 제3자 상계 시의 재산 변동

재산 \ 상황		제3자 상계 전	제3자 상계 후	
			다수설	채권양도 유추적용
형식적 재산	채무자	−ⓐ+ⓑ	−ⓐ+ⓑ+ⓒ−ⓓ	−ⓐ+ⓑ+ⓒ−ⓓ
	제3자	ⓒ	−ⓒ+ⓓ	−ⓑ−ⓒ+ⓓ
실질적 재산	채무자	−ⓐ+ⓑ	−ⓐ+ⓒ−ⓓ	−ⓐ+ⓑ+ⓒ−ⓓ
	제3자	0	ⓓ	−ⓑ−ⓒ+ⓓ

제3자의 상계 전 채권자, 채무자, 제3자의 재산은 각 ⓐ-ⓑ-ⓒ, -ⓐ+ⓑ, ⓒ이다. 그러나 채권자가 무자력인 이상 ⓑ, ⓒ는 현실적으로 그 이행을 기대할 수 없는 채권이고, 다만 채무자로서는 상계를 통해 ⓑ를 변제받을 수 있다. 따라서 제3자의 상계 전 채권자, 채무자, 제3자의 실질적 재산은 각 ⓐ-ⓑ-ⓒ, -ⓐ+ⓑ, 0이다.

이러한 상태에서 제3자가 ⓒ를 자동채권으로 하여 채권자가 채무자에게 갖는 ⓐ와 상계한다고 가정한다. 채권자는 비록 채무자로부터 ⓐ의 현실급부를 받지는 못하지만, 재산은 종전과 동일하게 ⓐ-ⓑ-ⓒ이다. 그러나 채무자와 제3자의 재산에는 변동이 있다. 채무자는 상계권을 상실

하면서 제3자를 상대로 ⓓ의 구상의무를 부담하게 되는 반면, 제3자는 수동채권이 없음에도 상계를 하면서 채무자를 상대로 구상권인 ⓓ를 갖는다. 제3자의 상계 전까지는, 채무자가 채권자를 상대로 갖는 ⓑ는 상계를 통해 실현할 수 있는 반면, 제3자가 채권자를 상대로 갖는 ⓒ는 상계가 불가능하여 실질적 가치가 없는 채권이었다. 그러나 제3자는 상계를 통하여 무의미하던 ⓒ를 소진함으로써 유자력의 채무자를 상대로 ⓓ를 얻게 되었고, 채무자는 갑작스럽게 ⓑ의 만족을 기대할 수 없게 되면서 제3자를 상대로 새로운 구상채무 ⓓ만 얻은 것이다. 그 결과, 제3자의 상계 후 채무자와 제3자의 재산은 형식적으로는 각 -ⓐ+ⓑ+ⓒ-ⓓ, -ⓒ+ⓓ이지만, 실질적으로는 각 -ⓐ+ⓒ-ⓓ, ⓓ가 된다. 제3자가 채무자의 상계권을 침해한 결과, 제3자는 이득을 얻고 채무자는 손해를 입게 됨을 보여주는 상황이다.

그러나 이러한 문제는 채권양도 유추적용설에 의하면 해결된다. 채무자가 제3자의 상계 시점에 이미 상계적상 상태였다면, 제451조 제2항의 유추적용을 통하여 채무자는 양수인 유사의 지위에 있는 제3자를 상대로 ⓑ를 자동채권, ⓓ를 수동채권으로 하는 상계를 할 수 있기 때문이다. 이 경우 제3자로서는 상계를 통하여 실질적으로 얻는 이득이 없는 반면, 채무자도 손해가 없어 제3자가 무리하게 상계를 강행할 우려는 없다고 보아도 무방할 것이다.

Ⅵ. 다른 유사 제도와의 비교

전술한 바와 같이 제3자 변제의 허용범위 문제는 채권양도(제449조 제2항), 채무인수(제453조 제2항), 채무자변경으로 인한 경개(제501조 단서)에 대한 규율의 개정 문제와 불가분적 관계에 있다. 이 일련의 제도 중에서 본고가 제469조 제2항을 특히 연구대상으로 삼은 것은, 그것이

변제자대위라는 사안과 연계되어 있어 다른 제도에 비하여 사안이 복잡하면서도[728] 관련 연구가 많지 않기 때문이다. 이에 간략하게나마 구체적인 개정안은 아니어도, 다른 제도들의 개정 여부 및 방향에 대하여 논의를 하고자 한다.

1. 채권양도(제449조 제2항)

흔히 간과되곤 하지만, 채권양도는 현행 제3자 변제 제도와 가장 밀접한 연관이 있는 제도이다. 앞서 메이지 민법 제474조 제정 과정에서 하세가와 타카시가 펼쳤던 주장은 법전논쟁 과정에서 채권양도를 둘러싸고 있었던 치열한 다툼과 일맥상통한다.[729] 일본에서는 1788년 막부 법령으로 채권증서를 받아 소를 제기할 수 있는 양수인, 추심인의 범위를 부모・자식 또는 형제 간으로 제한하였고, 1876년에는 채권양도 시 채무자의 증서에의 개서를 요구하는 내용의 태정관포고를 공포함으로써,[730] 채권의 양수인이 가혹한 추심을 통하여 채무자를 괴롭히는 일을 방지하고자 하였다.[731] 그러나 보아소나드 민법 재산편 제347조는 채무자 및 제3자에게의 대항요건으로 채무자의 승낙뿐 아니라 채무자에게의 "통지"를 추가함으로써 기존의 채권양도에 대한 제한을 현저히 완화하였고, 법전논쟁 과정에서 이에 대한 많은 격론이 오가게 되었다.[732]

---

728) 비록 최종적인 2014년 법무부안에서는 개정 대상이 되었지만, 2013년 7월 1일 시안(試案) 발표 당시만 하더라도 제469조와 달리 제453조, 제501조는 <현행유지>의 대상이었다. 이는 민법개정위원회 내부에서도 제469조 개정 문제의 상대적 난도가 더 높았음을 보여주는 대목이다. 법무부 민법개정자료발간팀(주 542), 150, 158면 참조.

729) 小川浩三(주 11), 430頁.

730) 明治9(1876)年7月6日太政官布告第99號.

731) 자세한 것은 藤原明久, "明治九年太政官第九九号布告債権譲渡法の成立と展開", **神戸法學雜誌**, 第58巻第2号(2008. 9), 31-97頁; 米倉明, "債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(1)", **北大法学論集**, 第22巻第3号(1971. 11), 26-65頁 참조.

732) 小川浩三(주 11), 431頁.

우메 켄지로는 본래 위 태정관포고만으로는 양수인이 아닌 대리수령자의 횡포까지 억제할 수는 없으므로, 차라리 채권양도를 정면으로 허용하자는 입장이었다. 그러나 그는 절충안으로서 채권양도는 원칙적으로 자유이되 채권자와 채무자 간 양도금지특약을 체결할 수 있고, 다만 양도금지특약은 선의의 제3자에게는 대항할 수 없도록 할 것을 제안하였다. 그리고 이 제안은 별다른 변경이나 반대 없이 메이지 민법 제466조 제2항으로 채택되어 오늘날 우리의 제449조 제2항으로 전해지고 있다.[733] 그 결과 채무자는 ① 이해관계 없는 제3자의 변제는 채권자와의 '합의' 또는 '단독'의 반대의사 표시로 막을 수 있는 반면, ② 제3자에게의 채권양도는 오직 채권자와의 '합의'를 통해서만 금지할 수 있고, '합의'의 효력 또한 ① 제3자 변제에서는 제3자의 선의·악의를 불문하고 그에 대항할 수 있었던 반면 ② 채권양도에서는 선의의 제3자에게는 대항하지 못하게 되었다.[734] 이러한 간극에 대하여 타카기 토요조(高木豊三)는 채권양도와 제3자 변제를 아우르는 포괄적 규정을 둘 것을 제안했지만,[735] 논쟁의 초점이 채권양도에 몰린 탓에 이러한 요청은 묵살되었다.[736]

요컨대 오늘날 우리 민법이 제3자 변제에 관하여 유독 보수적인 태도를 보이는 것은, 1788년 막부 법령에서부터 시작된 채권양도에 관한 일본 전통법상의 부정적인 관점과 결코 무관하다고 할 수 없다. 물론 그것이 효율적이라면 일본의 고법에서 기인했다는 이유만으로 배척할 것은 아니다. 하지만 제449조 제2항에서 규정하는 채권양도금지특약에 관한 물권적 효력설은 위에서 본 바와 같이 깊은 학문적 고민이 담겨있기보다

733) 小川浩三(주 11), 432頁.
734) 小川浩三(주 11), 432頁.
735) 法務大臣官房司法法制調査部 監修(주 230), 243頁.
736) 小川浩三(주 11), 432頁.

는 반대파를 설득하기 위한 우메 켄지로의 묘안의 소산에 불과하고, 전술한 바와 같이 여러 폐해가 지적되어 채권적 효력설에 가깝게 개정하려는 움직임이 최근 학계와 실무계를 막론하고 거세다. 따라서 이해관계 없는 제3자의 변제를 넓게 허용한다면 그에 발맞춰 채권양도금지특약의 효력 또한 약화시킴이 타당할 것이다.

2. 채무인수(제453조 제2항), 채무자변경의 경개(제501조 단서)

이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하는 것을 금지하는 제453조 제2항과 채무자의 의사에 반하는 채무자변경의 경개를 금지하는 제501조 단서[737] 또한 개정・삭제를 필요로 한다.

전술한 바와 같이 민법개정위원회 내부에서는 관련하여 많은 논의가 있었다. 특히 채무인수의 경우에는 제3자 변제와 달리 채무가 소멸하지 아니하여 이행의 문제가 잔존한다는 측면에서 채무자에게 계약해제 등으로 인한 손해가 발생할 우려가 없는지, 만일 채무인수를 무제한적으로 허용한다면 제3자의 채무자에 대한 구상은 어떻게 할 것인지가 중점적으로 논의되었다.

생각건대 채무가 아직 소멸하지 아니하였다는 것은 사후적 효과인 구상에 있어서는 유의미한 차이이지만, 그 허부의 요건에 있어서는 제3자 변제와 달리 볼 것은 아니다. 왜냐하면 이미 언급된 바와 같이 채무인수 후에도 기존 채무자는 "제3자"의 지위에서 변제함으로써 계약해제를 막을 수 있기 때문이다.[738] 보다 근본적으로는 계약해제 등으로 인한 기

737) 현행 제501조에 상응하는 1957년 민법안 제492조는 사소한 자구 외에는 그 내용이 동일하다. 당시 참조한 조문은 일본 민법 제514조, 프랑스 민법 제1271조 제2호, 제1274조, 만주 민법 제489조였는데, 프랑스 민법은 기존 채무자의 동의 없이도 채무자변경의 경개가 가능하다는 점에서, 일본과 만주의 입법례를 택한 것이다. 현행 제501조 단서의 취지에 관하여 입법자들은 제453조 제2항, 제469조 제2항과 동일한 취지라고 밝히고 있다. 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編(주 217), 295면 참조.

존 채무자에의 손해는 기존 채무자가 자신이 면책되었다는 신뢰를 형성하였음에도 그 신뢰가 깨질 때 문제될 수 있을진대, 제3자의 채무인수를 반대하던 기존 채무자가 그러한 신뢰를 가진다는 것 자체가 비현실적이라 할 것이다.

경개의 경우에는 더욱이 제3자 변제와 달리 볼 이유가 없다. 경개와 동시에 기존채무는 확정적으로 소멸하여 이행의 문제를 남기지 아니하기 때문이다(제500조). 오히려 제501조 단서는 제469조 제2항보다도 더욱 삭제의 필요성이 있다고 볼 수 있다. 경개는 기존채무의 확정적 소멸을 조건으로 신채무가 발생하는바, 제3자 변제에서와는 달리 신채무자의 변제자대위를 논할 여지가 없다.[739] 따라서 채무자변경으로 인한 경개에서는 전술한 이른바 '가혹한 구상'의 우려가 없다고 보아도 무방하다. 그런데 제453조 제2항과 제469조 제2항이 적어도 이해관계 있는 제3자에 한하여는 채무자의 의사에도 불구하고 변제를 할 수 있도록 한 것과 달리, 제501조 단서는 오히려 이해관계 유무를 불문하고 채무자의 의사를 유일한 기준점으로 내세움으로써 더욱 엄격한 잣대를 들이대고 있다.[740] 우리 민법의 태도가 일관성을 결여한 것을 넘어 모순적이라는 지적을 면하기 어려운 이유이다.

그러므로 현행 제453조 제2항과 제501조 단서는 제469조 제2항과 함께 삭제함이 타당할 것이다.[741]

---

738) 법무부 법무심의관실(주 80), 320면 중 여미숙 위원의 발언.

739) 이진기(주 3), 604면.

740) 同旨: 磯村哲 編(주 141), 489頁(石田喜久夫 執筆部分).

741) 참고로 채권자와의 계약에 의한 면책적 채무인수에 관하여 신설된 개정 일본 민법 제472조 제2항은, 채무인수인이 되려는 자의 이해관계 유무를 불문하고 있다.

제5절 소결: 개정안

전술한 논의를 종합한 최종 개정안은 다음과 같다.

〈표 6〉 신 · 구조문 대비표

	제469조	제480조
현행법	제469조(제삼자의 변제) ① 채무의 변제는 제삼자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제삼자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제삼자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.	제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. ② 전항의 경우에 제450조 내지 제452조의 규정을 준용한다.
2014년 법무부안	제469조(제3자의 변제) ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 변제할 정당한 이익이 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제하려는 경우에는 채권자는 이를 거절할 수 있다.	제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. 그러나 채무자의 의사에 반하여 변제한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 경우에 제450조 내지 제452조의 규정을 준용한다.
졸고안	제469조(제3자의 변제) 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 이를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.	제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. ② 제1항의 경우에 제450조부터 제452조까지의 규정을 준용한다.

Ⅰ. 내용적 수정

제469조의 경우, 제3자의 이해관계를 불문하고 채권자 또는 채무자의 의사표시로 그 변제를 막지 못하도록 개정하였다. 현행법은 당사자의 의사표시가 있거나(제1항 단서) 이해관계 없는 제3자의 경우 채무자의 반대 의사가 있으면 이를 하지 못하도록 하고 있고(제2항), 2014년 법무부안에서는 채권자와 채무자 모두 반대할 경우 이해관계 없는 제3자가 변제하지 못하도록 한 것(제2항)과 구별되는 지점이다. 따라서 일신전속적 급부가 아닌 한 제3자는 언제나 변제할 수 있도록 하였다.

제480조에 관하여는 현행법과 비교하여 내용상 바뀐 점이 없다.

Ⅱ. 문법적 수정

제469조에서는 기존의 "제삼자(第三者)"를 "제3자"로 고쳤고,[742] 제480조 제2항에서는 "전항(前項)"을 "제1항"으로,[743] "제450조 내지(乃至) 제452조"를 "제450조부터 제452조까지"로 순화(醇化)하였다.[744]

반면 제469조 단서, 제480조 제1항 단서의 "그러하지 아니하다."의 경우, 입법 실무상 하위법령에 한정하여 "그렇지 않다."라는 줄임말로 쓰고 있음을 감안하여[745] 현행 표현을 존치하였다. 제469조 본문 구조의 경우, 일반적으로 주어가 문장의 맨 앞에 위치하는 것이 원칙이나, 동조의 핵심 주제는 '타인의 채무의 변제'이므로, 조문의 흐름 및 기존 규정에의 익숙함을 고려하여 "제3자"의 위치를 바꾸지는 아니하였다.[746]

---

742) 법령에서 숫자의 표기는 아라비아숫자로 함이 원칙이다. 법제처, **알기 쉬운 법령 정비기준** 제10판(법제처, 2021), 84면 참조.

743) '전조(前條)', '전항(前項)'과 같은 표현보다는 '제○조', '제○항'과 같은 명확한 표현을 사용하는 것이 권고된다. 일례로 법제처(주 742), 201면 참조.

744) 법제처(주 742), 73면 참조.

745) 법제처(주 742), 86면 참조.

746) 법제처(주 742), 122-123면 참조.

제5장 결론

우리 민법 전체를 통틀어 “이해관계”라는 단어는 총 33회에 걸쳐 등장한다. 그중 순수한 재산법 영역에서 사용된 것은 채권자와의 계약에 의한 채무인수에 관한 제453조 제2항과 제3자의 변제에 관한 제469조 제2항뿐이고, 나머지는 총칙편의 자연인·법인에 관한 규정[747] 및 친족편[748]과 상속편[749]에 산재하고 있다.[750] 본고는 이처럼 지극히 드물고 특이한 규정인 제469조 제2항에서 엄격히 제한하고 있는 이해관계 없는 제3자 변제의 요건과 그에 따른 구상관계를 둘러싼 각종 쟁점을 살펴봄으로써 그 입법론적 당부를 되돌아보고, 제3자 변제 제도가 나아가야 할 새로운 방향을 제시하고자 하였다.

분석 결과, 이해관계의 유무를 불문하고 제3자 변제는 자유로이 허용하되, 이해관계 없는 제3자의 임의대위는 현행과 같이 채권자의 승낙을 요하도록 유지함이 상당하다는 결론에 이르렀다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

---

747) 부재자의 재산관리에 관한 제22조 제1항, 제2항, 제23조, 제24조 제3항; 실종선고 및 그 취소에 관한 제27조 제1항, 제29조 제1항; 재단법인의 정관 보충에 관한 제44조; 법인의 임시이사·청산인의 선임·해임에 관한 제63조, 제83조, 제84조.

748) 자(子)의 인지에 관한 제862조; 재판상 파양의 청구에 관한 제906조 제1항; 친권자의 지정에 관한 제909조의2 제3항, 제5항; 미성년후견인의 선임에 관한 제932조 제1항; 성년후견인의 선임에 관한 제936조 제2항, 제4항; 성년후견인의 권한행사에 관한 제949조의2 제3항; 가정법원의 후견사무 관련 처분에 관한 제954조.

749) 상속의 승인·포기에 관한 제1019조 제1항; 상속재산의 보존·관리에 관한 제1023조 제1항, 제1040조 제1항, 제1053조 제1항; 유언에 관한 제1070조 제2항, 제1077조 제1항, 제1092조, 제1094조 제2항, 제1096조 제1항, 제1097조 제3항, 제1106조.

750) 엄밀히는 제936조 제4항을 제외하면 “이해관계”가 아닌 “이해관계인”이라는 개념이 사용되고 있다.

변제는 효과의사를 불요하는 준법률행위이다. 따라서 법리상 변제의 주체에는 원칙적으로 제한이 있을 수 없고, 오직 정책적 견지에서 예외적으로 제3자 변제를 제한할 수 있을 뿐이다. 이에 따라 제469조는 채무의 성질, 이해관계, 의사라는 세 가지 척도를 동원하여 제3자 변제를 제한하고 있다. 그러나 "이해관계"라는 기준은 지나치게 협소할 뿐 아니라 근본적으로 불명확하고, "의사"에 의한 제한 또한 제3자 변제의 효력을 외부에서 알기 힘든 채무자의 내심에 의존시킨다는 문제가 있다.

이러한 제한은 메이지 민법 제474조 제2항 제정 당시 법전논쟁 과정에서의 학자들 간 줄다리기의 어설픈 산물이다. 그 취지로는 채무자에 비호의적인 제3자의 변제 강행에 따른 가혹한 구상의 방지, 제3자로부터 은혜를 받는 것을 떳떳하게 생각하지 않는 일본인의 무사기질, 제3자 변제의 보호대상인 채무자의 의사 존중 등이 제시되었다. 해방 이후 신(新) 민법 제정에도 불구하고 위와 같은 제한은 제469조 제2항으로 존속하였으며, 오늘날 표현만 달리할 뿐 근대 일본 법학자들의 주장과 동일한 설명이 여전히 입법의도로 제시되고 있다. 이에 본고는 제469조 제2항의 입법취지를 '채무자 보호'와 '채권자·거래안전 보호'의 양대 축으로 대별하고, ① 채무자 보호, ② 채권자 보호, ③ 제3자 보호, ④ 거래안전 보호의 4가지 측면에서 그 법리적·법정책적 당부를 검토하였다.

① 채무자 보호의 관점에서, '채무자에게 원치 않는 은혜의 강요 방지'라는 취지는 채무면제의 단독행위성과 비정합적이고, 종래 우리 관습에도 부합하지 아니하며, '가혹한 구상의 방지'라는 취지는 변제가 아닌 구상의 범위를 규제함으로써도 충분히 달성할 수 있고, 제3자 변제를 무효로 돌릴지라도 제3자는 악의의 비채변제자로서 자신의 손실로 채무소멸이라는 이득을 본 채무자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있게 된다는 점에서 제469조 제2항은 실효성이 없다. ② 채권자 보호의 관점

에서, 제469조 제2항은 채권자의 일방적인 희생을 강요하고, 거래안전을 해한다. ③ 제3자 보호의 관점에서, 제469조 제2항과 제480조는 변제한 제3자를 채권자의 권리남용의 위험에 노출시키고, '사실상 이해관계' 있는 제3자로 하여금 손해를 감수할 것을 강요한다. ④ 거래안전 보호의 관점에서, 제3자 변제가 무효로 판명될 경우, 무효의 제3자 변제에 터잡은 변제자대위권의 행사에 따라 담보권을 취득하였던 경락인 및 전전취득자 등 다수인의 손해가 불가피하다. 요컨대 현행 제469조 제2항 및 그에 따른 제480조의 규정은 이해관계 없는 제3자의 변제를 과도하게 제한함으로써 채권자와 제3자, 거래안전을 해하는 반면, 채무자에게는 아무런 실익이 없다. 오히려 제3자 변제가 자유롭게 허용될 때 당사자들은 자발적인 거래를 통하여 거래비용을 최소화하는 최적점을 찾을 수 있다.

비교법적으로도 제469조 제2항과 제480조는 극히 드물고 보수적인 입법례에 속한다는 점을 알 수 있었다. 압도적 다수의 입법례가 채권자나 채무자 중 어느 일방의 반대만으로는 제3자 변제를 제한할 수 없고, 적어도 채권자와 채무자 모두가 반대할 때만이 제3자 변제의 성립을 방해할 수 있었다. 개정 일본 민법이나 PACL은 일응 우리보다 제3자 변제를 좁게 허용하는 측면이 없지 아니하였으나, 그 대신 우리보다 변제자대위를 폭넓게 허용하고 있었다.

이러한 현실을 감안하여 법무부 민법개정위원회 차원에서도 제469조 제2항과 제480조의 개정에 관한 활발한 논의가 있었고, 분과위원회안과 실무위원회안, 2014년 법무부안 공히 제3자 변제를 가능한 한 확대한다는 방향에 있어서는 공감대를 형성하였다. 다만 구체적인 방법론에 있어서, 분과위원회안은 불법계 전통에 가깝게 제3자 변제는 폭넓게 허용하되 이해관계 없는 제3자가 채무자의 의사에 반하여 변제한 때에는 임의대위를 제한하는 방법을 따른 반면, 실무위원회안과 2014년 법무부안은

독법계 전통에 가깝게 이해관계 없는 제3자 변제의 가부를 채권자로 하여금 결정하도록 하되, 채권자가 채무자의 반대에 불구하고 이해관계 없는 제3자의 변제를 수령한 때에는 채무자의 의사를 존중하는 차원에서 임의대위를 금지하고자 하였다.

그러나 본고는 한발 더 나아가 "이해관계"의 유무라는 모호한 기준을 과감하게 폐기하고 이해관계 없는 제3자의 변제와 임의대위를 널리 허용할 경우, 어떠한 문제점과 부작용이 발생하는지를 검토하여 보았다. 그 결과 현행 제469조 제2항을 폐지하고 제1항만 남기더라도, 어느 모로 보나 기존 제2항이 목적하는 각종 취지를 달성함에 있어서 아무 소장이 없다는 결론에 이르렀다. 즉, 이해관계 없는 제3자가 타인사무관리의사를 가지고 채무자의 의사에 반하여 변제하였다면, 제3자는 제739조 제3항에 따라 채무자를 상대로 '현존이익의 한도' 내에서 부당이득반환청구권과 변제자대위권을 갖는다. 반면 제3자에게 타인사무관리의사가 애초부터 결여되었다면, 사무관리나 준사무관리는 불성립하고, 제3자는 '채무자의 기존 채권자에 대한 항변권에 의한 제한'을 받는 상태에서 '선의의 수익자'인 채무자를 상대로 '현존이익의 한도' 내에서 구상부당이득반환청구가 가능할 뿐이다. 다만 이처럼 제3자 변제의 효력을 폭넓게 인정할 경우, 계약당사자의 의사적 관여가 어느 단계에서는 적어도 인정되어야 한다는 측면에서, 임의대위에 관한 제480조는 그대로 존치함이 타당하다고 판단하였다.

어떠한 방향으로든 현행 제469조 및 제480조가 개정될 경우, 그로 인한 파급효과는 상당할 것이다. 그리고 이러한 본고의 접근은 국내에서 입법론으로서는 거의 처음 주장되는 것이라 하여도 과언이 아니다. 종래 제469조 제2항과 관련하여 학계에서 추상적인 비판은 계속 이어졌지만, 정확히 무엇을, 어떠한 방향으로 개정하여야 할지는 모두 함구하였고,

2010년대에 이르러서야 조금씩 논의가 나오게 되었다. 그렇기에 본고가 제시하는 입법론은 관점에 따라 지나치게 과감하다고 할 수도 있겠다.[751] 통계 등 데이터를 이용한 양적 연구는 포함되지 못하였다는 측면에서도 본고는 분명한 한계를 노정한다.

그러나 민법의 일반사법(一般私法)으로서의 역할과 중요성을 감안하더라도, 19세기 후반 일본의 학자들이 만든 조문을 무비판적으로 계수하면서 그것이 잘못되었음을 알고도 이를 여태껏 방치하는 것은, 우리 국민의 법감정에 역행하는 것은 물론 입법지체의 해소라는 사명을 방기하는 것이다. 법무부 민법개정위원회에서의 논의에서 알 수 있듯, 현행 제469조 제2항이 개정되어야 한다는 점에 관하여는 학계와 실무계 전반에 걸쳐 광범위한 공감대가 형성되어 있다. 유일한 관건은 어떠한 방식과 정도로 제3자 변제의 문턱을 낮출 것인지이다.

본고가 미력하게나마 관련 논의의 촉매제가 되길 기원한다.

751) 실제로 민법개정 과정에서 위원들이 스위스 채무법과 같은 방향으로의 개정을 꺼린 가장 큰 이유는 '입법적 차이가 너무 커 수용 가능한 범위를 넘어선다'는 데에 있었다. 법무부 법무심의관실(주 80), 378면 참조.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

가. 단행본・주석서

郭潤直, **債權各論** 第六版(博英社, 2003).

_____, **債權總論** 第六版(博英社, 2003).

郭潤直 編, **民法注解(X)**(博英社, 1995).

_____, **民法注解(XI)**(博英社, 1995).

_____, **民法注解(XVII)**(博英社, 2005).

권영준, **민법학의 기본원리**(박영사, 2020).

_____, **2013년 민법 개정시안 해설(채권편)**(법무부, 2013).

金基善, **韓國 債權法各論** 第二全訂版(法文社, 1982).

_____, **韓國 債權法總論** 全訂版(法文社, 1975).

김대정·최창렬, **채권총론**(박영사, 2020).

김대휘·김신 편, **(주석)형법: 각칙(1)** 제5판(韓國司法行政學會, 2017).

김민동, **이탈리아 채권법**(고려대학교 출판부, 2011).

김상용, **채권각론** 제4판(화산미디어, 2021).

_____, **채권총론** 제3판(화산미디어, 2016).

김성수, **중화인민공화국 민법전 조문번역과 해제**(법무부, 2020).

김성수 역, 中華民國法務部 編, **대만민법전**(법무부, 2012).

金龍潭 編, **(註釋)民法: 債權各則(5)** 第4版(韓國司法行政學會, 2016).

_____, **(註釋)民法: 債權各則(6)** 第4版(韓國司法行政學會, 2016).

_____, **(註釋)民法: 債權總則(4)** 第4版(韓國司法行政學會, 2014).

김용덕 편, **(주석)민법: 채권총칙(2)** 제5판(韓國司法行政學會, 2020).

_____, **(주석)민법: 채권총칙(3)** 제5판(韓國司法行政學會, 2020).

_____, **(주석)민법: 채권총칙(4)** 제5판(韓國司法行政學會, 2020).

金容漢, **債權法總論**(博英社, 1983).

김재형, **민법의 현대화를 위한 민법개정 연구**(서울대학교 산학협력단, 2015).

김재형 역, Lando, Ole & Hugh Beale 편, **유럽계약법원칙(제1·2부)**(박영사, 2013).
金疇洙, **債權各論** 第2版(三英社, 1997).
_____, **債權總論** 第3版(三英社, 1999).
金曾漢·金學東, **債權各論** 第7版(博英社, 2006).
_____, **債權總論** 第6版(博英社, 1998).
金亨培, **事務管理·不當利得**(博英社, 2003).
_____, **債權總論** 第2版(博英社, 1998).
民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 編, **民法案 審議錄 上卷**(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 1957).
박세일·고학수·송옥렬·신도철·이동진·최준규·허성욱, **박세일 법경제학** 개정판(박영사, 2019).
법무부 역, 民法（債権法）改正検討委員会 編, **일본 채권법개정의 기본방침**(법무부, 2009).
법무부 민법개정자료발간팀, **2004년 법무부 민법 개정안: 채권편·부록**(법무부, 2012).
_____, **2013년 법무부 민법 개정 시안: 조문편**(법무부, 2013).
법무부 법무심의관실, **법무부 민법개정위원회 회의속기록 제5권**(법무부, 2012).
法制處, **스위스 民法(法制資料 第64輯)**(法制處, 1974).
_____, **스위스채무법(법제자료 제79집)**(법제처, 1976).
_____, **알기 쉬운 법령 정비기준** 제10판(법제처, 2021).
_____, **이탈리아 民法典(法制資料 第141輯)**(法制處, 1986).
_____, **프랑스 民法典(法制資料 第87輯)**(法制處, 1977).
송덕수, **채권법각론** 제5판(박영사, 2021).
_____, **채권법총론** 제6판(박영사, 2021).
안태용 역, Von Bar, Christian & Eric Clive 편, **유럽민사법공통기준안: 총칙·계약편: DCFR 제1권~제4권**(법무부, 2012).
梁彰洙 譯, **독일민법전** 2021년판(박영사, 2021).

양창수·권영준, **권리의 변동과 구제** 제4판(박영사, 2021).
양창수·김재형, **계약법** 제3판(박영사, 2020).
양창수·김형석, **권리의 보전과 담보** 제4판(박영사, 2021).
이시윤, **新民事執行法** 제8개정판(博英社, 2020).
李銀榮, **債權各論** 第5版(博英社, 2005).
_____, **債權總論** 第4版(博英社, 2009).
李太載, **債權各論新講**(進明文化社, 1978).
_____, **債權總論**(進明文化社, 1981).
李好珽, **債權法總論**(韓國放送通信大學出版部, 1991).
張庚鶴, **(新稿)債權各論**(서울考試學會, 1962).
_____, **債權總論**(敎育科學社, 1992).
전대규, **중국민법**(법률정보센타, 2009).
전원열, **민사소송법 강의** 제2판(박영사, 2021).
정긍식 역, 朝鮮總督府 編, **(國譯)慣習調査報告書**(한국법제연구원, 1992).
鄭東潤 編, **(註釋)商法: 保險(Ⅱ)** 第2版(韓國司法行政學會, 2015).
鄭鍾休, **日本法**(新潮社, 2011).
池元林, **民法講義** 第18版(弘文社, 2021).
한불민사법학회, **개정 프랑스채권법 해제**(박영사, 2021).
玄勝鍾, **民法(債權法)**(博英社, 1973).
_____, **債權總論**(日新社, 1979).
黃迪仁, **現代民法論Ⅲ: 債權總論**(博英社, 1981).
_____, **現代民法論Ⅳ: 債權各論** 增補版(博英社, 1987).

나. 학술 논문

가정준, "'제3자의 변제'에 관한 효용성 분석 및 비교법적 고찰", **比較私法**, 제23권 제1호(2016. 2), 189-218면.
郭賢秀, "辨濟에 關한 證明責任", **裁判資料**, 第26輯(1985. 7), 195-220면.
권영준, "계약법의 사상적 기초와 그 시사점", **저스티스**, 通卷 第124號(2011. 6), 169-203면.

_____, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, **저스티스**, 通卷 第109號(2009. 2), 73-107면.
_____, “소멸시효와 신의칙”, **財產法硏究**, 第26卷 第1號(2009. 6), 1-44면.
_____, “2021년 민법 판례 동향”, **서울대학교 法學**, 제63권 제1호(2022. 3), 221-366면.
金大貞, “辨濟의 法的 性質 및 構成要件에 관한 立法論的 考察”, **民事法學**, 第52號(2010. 12), 419-456면.
_____, “제3자의 변제에 관한 현행민법 제469조의 문제점과 개정방안”, 운로 고상룡교수고희기념논문집간행위원회 편, **한국민법의 새로운 전개**(法文社, 2012), 436-464면.
김서기, “고용계약상 노무자의 보수채권 보호의 관점에서 제3자 변제 법리 소고”, **法과 政策**, 第26輯 第3號(2020. 12), 1-25면.
_____, “상계권 행사의 가부(可否)에 관한 법형성”, **法과 政策**, 第25輯 第3號(2019. 12), 27-56면.
金載亨, “조세채권과 변제자대위”, **저스티스**, 通卷 第110號(2009. 4), 29-51면.
김형석, “경매와 담보책임”, **民事法學**, 第93號(2020. 12), 223-250면.
_____, “第三者의 辨濟·求償·不當利得”, **서울대학교 法學**, 제46권 제1호(2005. 3), 340-370면.
朴世珉, “메이지민법상의 변제자와 변제수령자”, **民事法學**, 第64號(2013. 9), 445-483면.
박수곤, “物權行爲 槪念에 대한 小考 - 프랑스법적 시각에서의 검토 -”, **民事法學**, 第43卷 第2號(2008. 12), 171-200면.
변우주, “아시아 계약법 원칙(PACL)에서의 CISG의 영향”, **國際去來와 法**, 제27호(2019. 10), 159-181면.
서종희, “시효원용권자의 범위 판단 기준에 대한 재고 -일본의 학설과 판례와의 비교를 중심으로”, **사법**, 통권 제57호(2021. 9), 257-306면.
宋鎬煐, “채무인수, 이행인수 및 계약인수에 관한 입법론”, **法曹**, 통권 제662호(2011. 11), 58-109면.

梁彰洙, “「유럽계약법원칙」 제3부”, **서울대학교 法學**, 제44권 제4호(2003. 12), 386-404면.
윤지현, “채무면제 등에 관한 「상속세 및 증여세법」제36조의 해석론 소고(小考)”, **租稅法硏究**, 第25輯 第1號(2019. 4), 71-114면.
윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, **서울대학교 法學**, 제55권 제3호(2014. 9), 107-162면.
윤태영, “소멸시효 원용권자의 범위 - 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결 -”, **財産法硏究**, 第38卷 第2號(2021. 8), 1-21면.
이상훈, “로마법상 변제와 변제수령 －Paulus D.12.6.6을 중심으로－”, **法史學硏究**, 第58號(2018. 10), 273-308면.
_____, “타인 생활영역의 권한 없는 개입과 이득반환”, **法史學硏究**, 第60號(2019. 10), 245-277면.
이은영, “한국의 계약문화”, **법과 사회**, 제16・17 합본호(1999), 273-295면.
이지은, “개정 프랑스민법상 변제 - 변제의 당사자와 목적을 중심으로-”, **亞洲法學**, 제12권 제3호(2018. 11), 210-233면.
이진기, “민법에서 채무자 아닌 제3자의 행위에 의한 채무변제제도의 연구”, **民事法學**, 第66號(2014. 3), 575-618면.
_____, “抽象性原則: 법사학적, 법이론적 연구”, **法史學硏究**, 第32號(2005. 10), 363-399면.
이호행, “상계와 제3자 Ⅱ - 제3자의 상계권 행사와 제3자에 대한 상계권 행사 -”, **法學硏究**, 第24輯 第4號(2021. 12), 437-469면.
장병주, “저당권부채권의 처분과 저당권의 효력”, **東亞法學**, 第91號(2021. 5), 103-135면.
정태윤, “프랑스에서의 3당사자 비채변제”, **法學論集**, 제17권 제2호(2012. 12), 65-91면.
諸哲雄, “구상관계와 변제자대위”, **民事法學**, 第23號(2003. 3), 698-739면.
최명구, “구상부당이득의 성질에 대한 비교법적 검토 - 독일과 한국의 학설을 중심으로 -”, **比較私法**, 제17권 제1호(2010. 3), 221-248면.

최준규, “경매와 담보책임 재론(再論) - 물상보증인이 담보물을 제공한 경우를 중심으로”, **사법**, 통권 제60호(2022. 6), 383-422면.

허명국, “법률행위의 당사자 확정, 제3자의 급부, 법률행위의 추인 - 대법원 2017. 11. 14. 선고 2014다21021, 21038 판결을 중심으로 -”, **연세법학**, 제37호(2021. 6), 283-308면.

_____, “변제에 있어서 급부의 주체 및 귀속 결정 -독일에서의 논의 및 우리법에의 시사점-”, **홍익법학**, 제14권 제2호(2013. 6), 351-384면.

다. 학위논문

金己煥, **상계에 관한 연구**, 박사학위논문, 서울대학교(2014).

김소영, **他人의 債務의 辨濟**, 碩士學位論文, 梨花女子大學校(1994).

洪允善, **辨濟의 法的 性質**, 碩士學位論文, 梨花女子大學校(2004).

라. 기타 자료

김대정, “제3자의 채권변제 규정의 개정제안”, 법률신문 (2010. 10. 25), https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=54749&kind=BA04&key= (2023. 1. 31. 최종 확인).

대법원 양형위원회, “성범죄 양형기준”, https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp (2023. 1. 31. 최종 확인).

양창수, “후순위저당권자는 소멸시효 원용할 수 없는가? - 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결 -”, 법률신문 (2021. 5. 3), https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=169678&kind=CC01&key= (2023. 1. 31. 최종 확인).

외교부, “강제징용 해법 논의를 위한 공개토론회”, https://www.youtube.com/watch?v=vuY33_jJEuY (2023. 1. 31. 최종 확인).

이계정, “[2021년 분야별 중요판례분석] (3) 민법(上)”, 법률신문 (2022. 1. 27), https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=175945 (2023. 1. 31. 최종 확인).

제3대 국회 제26회 제29차, “국회정기회의속기록”, 1957. 11. 5.

2. 외국 문헌

가. 단행본・주석서

1) 일본어

廣中俊雄 編, **民法修正案(前三編)の理由書**(有斐閣, 1987).

鳩山秀夫, **日本債權法(總論)** 增訂改版(岩波書店, 1925).

磯部四郎, **民法[明治23年]釋義・財產編第貳部人權及ヒ義務(下)** 復刻版(信山社, 1997).

磯村哲 編, **注釈民法(12)**(有斐閣, 1970).

梅謙次郎, **民法要義 卷之三 債權編**(和佛法律學校·書肆明法堂, 1897).

木下毅, **比較法文化論**(有斐閣, 1999).

民法改正研究会, **民法改正: 国民·法曹·学界有志案: 仮案の提示**(日本評論社, 2009).

法務大臣官房司法法制調査部 監修, **法典調査会民法議事速記録(三)(日本近代立法資料叢書3)**(商事法務研究会, 1984).

法典調査會, **民法議事速記錄 第貳拾卷**(日本學術振興會, 1935).

ボアソナード, **再閲民法草案: 第二十八册**(出版者不明, 出版年不明).

_____, **再閲民法草案: 第三十册**(出版者不明, 出版年不明).

四宮和夫, **事務管理·不当利得·不法行為(上)**(青林書院新社, 1981).

石坂音四郎, **改纂民法研究 下卷**(有斐閣, 1920).

我妻榮, **新訂債權總論(民法講義IV)**(岩波書店, 1964).

於保不二雄, **債権総論** 新版(有斐閣, 1972).

井上正一, **民法[明治23年]正義・財產編・第貳部卷之貳** 復刻版(信山社, 1995).

2) 중국어

崔吉子, **债权法学**(北京大学出版社, 2012).

3) 영어

Benedict, Ruth, *The chrysanthemum and the sword: patterns of Japanese culture* (Houghton Mifflin Company, 1946).

Kull, Andrew ed., *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* (American Law Institute, 2011).

Von Bar, Christian & Eric Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume I* (Oxford University Press, 2010).

4) 독일어

Achilles/Gebhard/Spahn, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse. Abschn. I, Abschn. II Tit. I* (J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1897).

Esser/Schmidt, *Schuldrecht. Band I Allgemeiner Teil: Teilband 1*, 8. Aufl. (CF Müller Verlag, 1995).

Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *Beck-online.GROSSKOMMENTAR: BGB* (C.H.Beck, 2022).

Jatzow, Hermann (Hrsg.), *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band II: Recht der Schuldverhältnisse* (Verlag von J. Guttentag, D. Collin, 1888).

Jauernig, Othmar, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Aufl. (C.H.Beck, 2021).

Kretschmar, Paul, *Die Erfüllung Erster Teil* (Veit & Comp., 1906).

Krüger, Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. (C.H.Beck, 2019).

Leonhard, Franz, *Allgemeines Schuldrecht des BGB* (Duncker & Humblot, 1929).

Medicus/Petersen, *Bürgerliches Recht*, 28. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, 2021).

Oertmann, Paul, *Recht der Schuldverhältnisse: Erste Abteilung §§ 241 bis 432* (Carl Heymanns Verlag, 1928).

Reeb, Hartmut, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts* (C.H.Beck, 1975).

Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung: 2. Teilband* (Mohr Siebeck, 2016).

Schulze u.a., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Aufl. (Nomos, 2021).

5) 프랑스어

Catala, Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil): Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005* (Ministre de la Justice, 2005).

Dissaux, Nicolas & Christophe Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuves des obligations* (Dalloz, 2015).

Terré, François, *Pour une réforme du régime général des obligations* (Dalloz, 2013).

나. 학술 논문

1) 일본어

渡邊力, "第三者弁済における求償権（一）—ドイツ求償不当利得論に示唆を得て—", **名古屋大学法政論集**, 189号(2001), 233-279頁.

_____, "第三者弁済における求償権（二·完）—ドイツ求償不当利得論に示唆を得て—", **名古屋大学法政論集**, 190号(2001), 175-222頁.

藤原明久, "明治九年太政官第九九号布告債権譲渡法の成立と展開", **神戸法學雜誌**, 第58巻第2号(2008. 9), 31-97頁.

米倉明, "債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(１)", **北大法学論集**, 第22巻第3号(1971. 11), 26-65頁.

山本宣之, "民法改正法案における第三者弁済", **同志社法学**, 第68巻第7号(2017. 2), 2465-2492頁.

三潴信三, "第三者ノ辨濟ヲ論ス", 中田薫 編, **宮崎教授在職廿五年記念論文集**(有斐閣, 1914), 417-456頁.

西村信雄, "判例綜合研究-法定代位權(二·完)", **民商法雜誌**, 第2巻第3號(1935. 9), 38-52頁.

小川浩三, “第三者弁済と任意代位”, 西村重雄·児玉寛 編, **日本民法典と西欧法伝統-日本民法典百年記念国際シンポジウム**(九州大学出版会, 2000), 419-441頁.

野村重信, “主債務者が行方不明の場合に第三者から弁済の申出があった場合の対応”, 椿寿夫 編, **代位弁済-その実務と理論(銀行法務21別冊1)** (経済法令研究会, 1995), 263-264頁.

齋田統, “第三者弁済における求償の当事者 -非債弁済との関わりにおいて-”, **秋田法学**, 第46号(2006), 1-22頁.

田村志緒理, “1925年タイ民商法典における日本民法継受の態様”, **アジア法研究**, 2011年号(2011), 115-134頁.

2) 중국어

金路伦·李贤媚·黄丹, “论中国代位清偿制度的构建 - 以比较法为视角 -”, **중국법연구**, 제45집(2021. 3), 185-208면.

冉克平, “民法典编纂视野中的第三人清偿制度”, **法商研究**, 2015年第2期(总第166期)(2015), 35-43页.

王利明, “论第三人代为履行－－以《民法典》第524条为中心”, **法学杂志**, 2021年第8期(2021), 1-16页.

张晓梅, “第三人主动履行债务的性质及效力”, **法律适用**, 2003年第12期(2003), 73-74页.

3) 영어

Gold, J., “Accord and Satisfaction by a Stranger”, *The Canadian Bar Review*, Vol. 19, No. 3 (1941), pp.165-209.

Litvinof, Saul, “Subrogation,” *Louisiana Law Review*, Vol. 50, No. 6 (1990), pp.1143-1182.

Mosson, Gregg H., “Comments: Equitable Subrogation in Maryland Mortgages and the Restatement of Property: A Historical Analysis for Contemporary Solutions,” *University of Baltimore Law Review*, Vol. 41, Iss. 4. (2012), pp.709-740.

Mullen, James Morfit, "The Equitable Doctrine of Subrogation," *Maryland Law Review*, Vol. 3, Iss. 3 (1939), pp.201-220.

Weir, Tony, "Chapter 12: Complex Liabilities", in André Tunc ed., *International Encyclopedia of Comparative Law: Volume XI: Torts* (Mohr Siebeck Verlag, 1976).

4) 독일어

Canaris, Claus-Wilhelm, "Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis", in Paulus/Diederichsen/ders. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag* (C.H.Beck, 1973), S. 799-865.

König, Detlef, "Ungerechtfertigte Bereicherung", in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band II* (Bundesanzeiger Verlag, 1981), S. 1515-1590.

Von Caemmerer, Ernst, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", in Dölle/Rheinstein/Zweigert (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1* (Mohr, 1954), S. 334-401.

5) 태국어

ดาราพร ถิระวัฒน์, "นิติกรรมที่บุคคลภายนอกขอชำระหนี้แทนลูกหนี้", *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ปีที่ 40 ฉบับที่ 3 (ก.ค.-ก.ย. 2554), หน้า 491-504.

다. 학위논문

1) 영어

Mitchell, Charles, The Law of Subrogation, Ph. D. thesis, University of London (1993. 8).

2) 태국어

ปานวาด สุพัฒน์, การชำระหนี้โดยบุคคลภายนอก, วิทยานิพนธ์ นิติ ศาสตร มหาบัณฑิต คณะ นิติศาสตร มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร (2555).

라. 기타 자료

1) 일본어

民法（債権法）改正検討委員会, **民法（債権法）改正検討委員会全体会議（第7回）議事録**, 2008年9月23日.

_____, **民法（債権法）改正検討委員会全体会議（第12回）議事録**, 2009年1月10日.

民法（債権法）改正検討委員会第5準備会, **免除(参考資料)**, 2009年1月10日.

_____, **弁済(参考資料)**, 2008年12月23日.

法制審議会民法（債権関係）部会, **民法（債権関係）の改正に関する検討事項(5)詳細版**, 平成22(2010)年4月27日, 民法（債権関係）部会資料10-2.

_____, **民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(11)**, 平成24(2012)年5月8日, 民法（債権関係）部会資料39.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第8回会議議事録**, 平成22(2010)年4月27日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第22回会議議事録**, 平成23(2011)年11月25日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第46回会議議事録**, 平成24(2012)年5月8日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第47回会議議事録**, 平成24(2012)年5月22日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第66回会議議事録**, 平成25(2013)年1月15日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第80回会議議事録**, 平成25(2013)年11月19日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第87回会議議事録**, 平成26(2014)年4月22日.

_____, **法制審議会民法（債権関係）部会第92回会議議事録**, 平成26(2014)年6月24日.

_____, **中間試案のたたき台(3)**, 平成25(2013)年1月15日, 民法（債権関係）部会資料55.

2) 프랑스어

François, Clément, “Présentation des articles 1342 à 1342-10 de la nouvelle sous-section 1 «Dispositions générales»”, *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, 18 juillet 2016, https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect1-dispositions-generales/ (dernière visite 31 janvier 2023).

Henri Ⅳ, *Declaration du Roy, portant pouvoir de succeder aux hypotheques des anciens creanciers, sans cession d’iceux*, mai 1609, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9656561x/f1.item (dernière visite 31 janvier 2023).

3) 이탈리아어

Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile Testo e Relazione Ministeriale* (Istituto Poligrafico dello Stato, 1943), https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/174648/Libro+IV++-++Delle+Obbligazioni/f2b2c447-bc30-4f33-b193-7535492a386d (31 gennaio 2023).

4) 라틴어

Ivo, *Decretvm D. Ivonis Episcopi Carnvtensis Septem Ac Decem Tomis Sive Partibvs Constans* (Grauius & Birckmannus, 1561), https://books.google.co.kr/books?id=mCJnAAAAcAAJ&lpg=PP5&ots=MXLg-TFB5o&dq=Ivo%20Carnutensis%2C%20Decretvm%20D.%20Ivonis%20Episcopi%20Carnvtensis%20Septem%20Ac%20Decem%20Tomis%20Sive%20Partibvs%20Constans&hl=ko&pg=PA445-IA1#v=onepage&q&f=false (prid. Kal. Feb. MMXXIII).

부록: 민법개정 관련 논의 참가자 명단

본고에서 언급된 사람에 한하여 활동기간-직책-출석의 순으로 정렬함.

Ⅰ. 한국

성명	직책	당시 소속
법무부 민법개정특별분과위원회(1999–2004)		
서 민 徐 敏	제2소위원회 위원장	충남대학교 법과대학 교수
하경효 河京孝	제2소위원회 위원	고려대학교 법과대학 교수
법무부 민법개정위원회(2009–2014)		
김대정 金大貞	제2기 법무부 민법개정위원회 제3분과위원회 위원장	중앙대학교 법학전문대학원 교수
송호영 宋鎬煐	제2기 법무부 민법개정위원회 제3분과위원회 위원	한양대학교 법학전문대학원 교수
여미숙 呂美淑		사법연수원 교수 (부장판사)
윤철홍 尹喆洪		숭실대학교 법과대학 교수
정병호 鄭炳浩		서울시립대학교 법학전문대학원 교수
황현주 黃玄周		법무법인(유) 화우 변호사
구상엽 丘尙燁	검사	법무부 법무심의관실 검사
윤진수 尹眞秀	제4기 법무부 민법개정위원회 실무위원회 위원장	서울대학교 법학전문대학원 교수
권영준 權英俊	제4기 법무부 민법개정위원회 실무위원회 위원	서울대학교 법학전문대학원 교수
윤용섭 尹容燮		법무법인(유) 율촌 변호사
이태종 李太鍾		서울고등법원 부장판사

Ⅱ. 일본

성명	직책	당시 소속
사단법인 상사법무연구회 민법(채권법)개정검토위원회(2006-2009)		
도가우치 히로토 道垣内弘人	위원 (제3준비회)	도쿄대학 대학원 법학정치학연구과 교수
모리타 히로키 森田宏樹	위원 (제4준비회)	도쿄대학 대학원 법학정치학연구과 교수
시세키 마사미츠 始関正光	위원	법무성 대신관방 심의관
야마노메 아키오 山野目章夫	위원 (제5준비회)	와세다대학 대학원 법무연구과 교수
야마다 세이치 山田誠一	위원 (제5준비회 주사)	고베대학 대학원 법학연구과 교수
우치다 타카시 内田貴	위원 (사무국장)	법무성 참여(参与)
법무성 법제심의회 민법(채권관계)부회(2009-2015)		
카마타 카오루 鎌田薫	부회장(部会長)	와세다대학 대학원 법무연구과 교수
도가우치 히로토 道垣内弘人	간사	도쿄대학 대학원 법학정치학연구과 교수
미야마 마사야 深山雅也		제2도쿄변호사회 변호사
야마노메 아키오 山野目章夫		와세다대학 대학원 법무연구과 교수
야마모토 케이조 山本敬三		교토대학 대학원 법학연구과 교수
오키노 마사미 沖野眞已		히토츠바시대학 대학원 법학연구과 교수
카노 나오코 鹿野菜穂子		게이오기주쿠대학 법과대학원 교수
나카이 야스유키 中井康之	위원	오사카변호사회 변호사
나카하라 토시아키 中原利明		주식회사 미쓰비시도쿄UFJ은행 콤플라이언스 통괄부 법무실장
마츠모토 츠네오 松本恒雄		히토츠바시대학 법과대학원장
마츠오카 히사카즈 松岡久和		교토대학 법과대학원 교수
미카미 토오루 三上徹		주식회사 미쓰이스미토모은행 법무부장

오카 마사키 岡正晶		제1도쿄변호사회 변호사
오카다 히로미 岡田ヒロミ		국민생활센터 소비생활전문상담원
나스노 후토시 奈須野太	관계관	경제산업성 경제산업정책국 산업조직과장
마츠오 히로노리 松尾博憲		법무성 민사국 국부(局付)

Abstract

On Voluntary Performance of Another’s Obligation: Requirements and Reimbursement

PARK Jaekyung
School of Law
Seoul National University

Since Article 469(2) of the Korean Civil Act (enacted by Act No. 471 of Feb. 22, 1958) declares that a third person who has no interest in the obligation cannot effect performance against the will of the obligor, Korea’s academic and legal circles have hitherto focused on clarifying the definition and scope of the notion of “interest.” Unlike conventional interpretation however, this thesis aims to answer a rather fundamental question: why cannot a third person without interest effect performance against the will of the obligor?

It has been a widely spread view that the idea which runs through Article 469 is that no one can force an obligor to receive unwanted benefit, and otherwise the obligor may remain open to merciless recourse of a third person who has performed an obligation. Similar narratives can be seen in

Article 453(2) (Assumption of Obligation by Contract with Obligee) and the proviso to Article 501 (Novation by Change of Obligor). However, more and more scholars are raising doubts over such explanation, and paying attention to the uncomfortable fact that side effects of Article 469(2) surpass the benefit it brings, forcing an obligee and a third person without interest to bear unilateral damage. For this reason, most other countries stipulate that the performance of a third person without interest can be deterred only by the agreement of both obligor and obligee.

Being aware of this problem, this thesis examines the problems Article 469(2) causes and seeks *lex ferenda* of third party performance and reimbursement system.

Prior to a full-fledged discussion, Chapter 2 outlines the interpretation of Articles 469(2) and 480, the provisions on third party performance and voluntary subrogation (*Forderungsübergang / subrogation conventionnelle*) respectively. After reviewing theories in Korea, Germany, France and Japan, it will be shown that the legal nature of "performance (*Erfüllung / paiement*)" is a juridical quasi-act (*geschäftsähnliche Handlung / acte matériel*), which means that anyone can effect the performance in principle. However, by using terms such as "nature," "interest," and "third person," Article 469(2) strictly restricts third party interference. Despite large number of Korean and Japanese court cases accumulated over more than a century, this thesis shows that such notions are inevitably ambiguous, causing significant confusion in practice.

Chapter 3 argues that the current third party performance system is not only abstruse but also unfair, and has considerable economic side

effects. Considering that Articles 469 and 480 are mere translations of Articles 474 and 499 of the former Japanese Civil Code (enacted by Act No. 89 of April 27, 1896, and before amended by Act No. 44 of June 2, 2017), it is requested to examine the discussions of Japanese legal scholars in the 19th century. From this, it can be drawn that there are two main reasons behind limiting the performance of a third person without interest: protecting the obligor, and protecting the obligee and safety of transactions. However, it is questionable whether the legislative intent is just or necessary, since it is based on an old-fashioned feudalistic mindset or can be accomplished by limiting the amount of recourse. On the contrary, Article 469 encroaches on legitimate interests of obligees and third parties, leading to substantial harm to the society as a whole. This implies the reason why no other country has legislation similar to Article 469.

Chapter 4 deals with how and to what extent the requirements of third party performance shall be relaxed. This includes the issue of the recourse system and voluntary subrogation. Based on the conventional legal doctrines of *negotiorum gestio* and unjust enrichment (*Rückgriffskondiktion / enrichissement injustifié*), this thesis concludes that a person who has performed an obligation may exercise recourse, but merciless recourse is structurally impossible since Articles 739(3), 748(1), and 451(2) strictly restrict the amount of the reimbursement. Thus, Article 469(2) shall be abolished.

On the other hand, unlike Article 469(2), this thesis suggests that the provision of Article 480 on voluntary subrogation shall remain unchanged. The amendments hitherto suggested by jurists commonly stipulate

that a third person without interest who performed an obligation against the will of obligor can exercise recourse, but not be subrogated to the rights of the obligee. However, this may let only legal experts to use substitutive methods such as assignment of claim or nonfiduciary surety's right of reimbursement, leading to *de facto* extinction of third person performance. Meanwhile, lowering the hurdle of voluntary subrogation shall also be reconsidered, because it is necessary to ensure room for the obligee to intervene at least at the voluntary subrogation with the deletion of Article 469(2).

Promulgated as Article 474 of the former Japanese Civil Code in 1896, Article 469 of the Korean Civil Act has been an obstacle that has severely hindered third party performance. Considering the fact that Article 469 is not only a remnant of Japanese colonization but also a legislation significantly out of date in the 21st century, it shall be amended as soon as possible.

Keywords : performance by third person, interest in performance of obligation, right of reimbursement, voluntary subrogation, negotiorum gestio, unjust enrichment via performance of another's obligation, Article 469 of the Korean Civil Act, Article 480 of the Korean Civil Act

Student Number : 2020-29841